



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2010

---

## **Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe**

Gächter, Thomas ; Egli, Philipp

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-47384>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Gächter, Thomas; Egli, Philipp (2010). Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe. Jusletter, 11:online.

Prof. Dr. Thomas Gächter / Philipp Egli

## **Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe**

---

Als Vorarbeit zur Revision des Berner Sozialhilfegesetzes hat die Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2009 das hier publizierte Rechtsgutachten erstellen lassen. Die grundlegenden Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit dem Datenaustausch in der Sozialhilfe stellen, werden aus grundrechtlicher und aus verwaltungsrechtlicher Sicht beleuchtet und zu einem Regelungsvorschlag verdichtet. Im Zentrum des dogmatischen Teils stehen dabei die Bedeutung von Art. 13 Abs. 2 BV als strukturbestimmende Grundrechtsnorm sowie die Schranken der informationellen Amtshilfe.

---

Rechtsgebiet(e): Sozialhilferecht; Datenschutz; Übriges Verfassungsrecht

Zitiervorschlag: Thomas Gächter / Philipp Egli, Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe, in: Jusletter 6. September 2010

## Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
    - 1. Fehlen eines dogmatischen Grundgerüsts
    - 2. Leitlinien des geltenden Rechts
  - B. Strukturierung staatlicher Datenflüsse durch die Grundrechte
    - 1. Problemaufriss
    - 2. Strukturelle Ebene des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 13 Abs. 2 BV; Art. 18 KV BE)
      - a) Schutzobjekt und Schutzbereich
        - (1) Zu enger Wortlaut der Verfassungsbestimmungen
        - (2) Herrschende Lehre: Recht auf informationelle Selbstbestimmung
        - (3) Bundesgerichtspraxis
        - (4) Eigener Ansatz
      - b) Einschränkung und Verletzung
      - c) Vertiefung: Einwilligung des Betroffenen als Surrogat für die Strukturanforderungen nach Art. 13 Abs. 2 BV?
      - d) Exkurs: Art. 8 EMRK
    - 3. Individualrechtliche Ebene des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 1 BV)
      - a) Teilgehalte / Schutzobjekte des Persönlichkeitsschutzes
        - (1) «Privatsphäre» als Schutz privater Sphären (Art. 13 Abs. 1 BV)
        - (2) «Privatsphäre» als Vertraulichkeitsschutz (Art. 10 Abs. 2 BV)
        - (3) «Privatsphäre» und Art. 13 Abs. 2 BV
      - b) Hinweis: Methode und Modus der Datenbearbeitung
      - c) Einschränkungen
      - d) Exkurs: Grundrecht auf Computerschutz
    - 4. Abgrenzung: Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)
    - 5. Besondere Garantie: Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)
    - 6. Zwischenergebnis: Grobes Prüfungsschema bei der Verletzung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes
  - C. Zulässigkeit und Verpflichtung zur behördlichen Kooperation
    - 1. Die Institute der Amts- und Rechtshilfe
      - a) Begriffsprobleme – Problembegriff
      - b) Abgrenzung von Amts- und Rechtshilfe
      - c) Charakteristika der Amtshilfe
    - 2. Allgemeiner organisationsrechtlicher Rahmen
      - a) Abstützung in der Rechtsordnung
        - (1) Erlaubnis zur Amtshilfe
        - (2) Pflicht zur Amtshilfe
      - b) Öffentliches Interesse
      - c) Verhältnismässigkeit
      - d) Exkurs: Subsidiarität der Amtshilfe gegenüber der Datenerhebung beim Betroffenen
    - 3. Grundrechtlich-strukturelle Schranken
      - a) Strukturelle Ebene: Anforderungen nach Art. 13 Abs. 2 BV
      - b) Individualrechtliche Ebene: Aufgaben-Befugnis-Zusammenhang
    - 4. Prüfungsrecht und Prüfungspflicht (Kognition)
      - a) Welche Behörde prüft die Zulässigkeit der Amtshilfe?
      - b) Konkrete Normenkontrolle
      - c) Prüfungsschema zur Kognition
  - D. Geheimnisvorschriften
    - 1. Allgemeine Geheimnisvorschriften
      - a) Verhältnis von Strafrecht und öffentlichem Recht
      - b) Strafrechtliches Amts- und Berufsgeheimnis nach Art. 320 und 321 StGB
        - (1) Täterkreis
        - (2) Tatobjekt und Tathandlung
        - (3) Rechtfertigungsgrund der schriftlichen Einwilligung
      - c) Vertiefung: Strafrechtlicher Beamtenbegriff nach Art. 110 Abs. 3 StGB
        - (1) Funktionaler Ansatz mit eigenständigem Gehalt?
        - (2) «Beamte» im Sozialhilfebereich
      - d) Berufsgeheimnis nach Art. 35 DSG
        - (1) Täterkreis
        - (2) Tatobjekt und Tathandlung
    - e) Öffentliches Personalrecht
      - (1) Personalrechtliches Amtsgeheimnis als Organisationsnorm
      - (2) Regelung im Berner Personalgesetz (Kanton)
  - 2. Das Öffentlichkeitsprinzip
  - 3. Besondere Geheimnisvorschriften
    - a) Schutzzwecke besonderer Geheimnisvorschriften (u.a. Funktionsschutz)
    - b) Sozialversicherungsgeheimnis
      - (1) Sozialversicherungsrechtlicher Datenschutz
      - (2) Persönlicher Geltungsbereich
      - (3) Sachlicher Geltungsbereich
    - c) Sozialhilfegeheimnis
    - d) Steuergeheimnis
- E. Datenschutzgesetze als «Grundordnungen»
  - 1. Stellung der Datenschutzgesetze
    - a) Zusammenspiel von Datenschutz- und Sachgesetzen
    - b) Bindung des Gesetzgebers an die Grundordnung?
  - 2. Geltungsbereich
    - a) Ausschluss prozessualer Verfahren
    - b) «lex specialis»
  - 3. Datenbearbeitung und -bekanntgabe nach KDSG BE
- F. Hinweis: Amtsberichte
- G. Stellungnahme zum Urteil des Bundesgerichts 2A.692/2006 vom 1. Februar 2007
  - 1. Vorbemerkung: Derogatorische Kraft des Bundesrechts (Art. 49 BV) und Massgeblichkeitsgebot nach Art. 190 BV
  - 2. Praxis: Vorrang der Auskunftspflicht
    - a) Amtshilfegrundsätze
    - b) Verfassungsrechtlicher Datenschutz (Art. 13 Abs. 2 BV)
    - c) Schutzwürdige Interessen
- H. Schlussfolgerungen / Kernpunkte für das weitere Vorgehen
  - 1. Ziel einer umfassenden Regelung
  - 2. Kernpunkte für das weitere Vorgehen
- I. Konkrete Vorschläge
  - 1. Regelungsbedarf
  - 2. Umschreibung Sozialhilfegeheimnis
  - 3. Informationsfluss von Sozialhilfebehörden an andere Behörden und Private
  - 4. Informationsfluss von anderen Behörden und Privaten zu den Sozialhilfebehörden
  - 5. Normtextvorschläge

Literatur

Materialien

## A. Einleitung

### 1. Fehlen eines dogmatischen Grundgerüsts

[Rz 1] Die Rechtslage im Bereich des Daten- und Informationsaustauschs mit und unter staatlichen Behörden (staatlicher Daten- und Informationsaustausch) ist unübersichtlich. Zahlreiche Rechtsbereiche enthalten Vorschriften zum Informationsaustausch, darunter etwa das Verfahrens-, das Verwaltungsorganisations-, das Datenschutz-, das Personal- und Strafrecht. Wie diese Normen zueinander stehen, ist über weite Strecken offen.

[Rz 2] Dies führt zu Unsicherheiten in Lehre und Praxis. Die unzähligen Vorschriften mit ihren vermeintlichen und tatsächlichen Wertungswidersprüchen lassen es mitunter

als beliebig erscheinen, wie eine konkrete Rechtsfrage in Lehre und Praxis entschieden wird. Es gibt für jede Lösung die passende Norm. Selbst die höchstrichterliche Praxis ist davor nicht gefeit: Einmal wird der Daten- und Informationsaustausch in erstaunlich weitem Umfang und ohne weitere Problematisierung zugelassen,<sup>1</sup> ein andermal stark eingeschränkt. Es fehlen offensichtlich einheitliche Kriterien, nach welchen sich der staatliche Daten- und Informationsaustausch richten soll.

[Rz 3] Ein dogmatisches Grundgerüst für den staatlichen Umgang mit Daten und Informationen ist erst noch zu entwickeln. Die vorliegende Untersuchung kommt nicht umhin, Konturen einer solchen dogmatischen Grundordnung zu entwerfen. Anders lassen sich konkrete Fragen nicht unter einheitlichen Gesichtspunkten lösen. Dass dabei ungesichertes Terrain betreten wird, lässt sich nicht vermeiden.

## 2. Leitlinien des geltenden Rechts

[Rz 4] Die Kriterien für den staatlichen Umgang mit Daten und Informationen sind aus dem geltenden Recht zu entwickeln, insbesondere aus dem verfassungsrechtlichen Rahmen und seiner konkreten gesetzlichen Umsetzung.

[Rz 5] Das Verfassungsrecht gibt die Leitgesichtspunkte für eine staatliche Informationsordnung vor. Im Vordergrund stehen dabei die rechtsstaatlichen Anforderungen an staatliches Handeln, wie sie in formeller Hinsicht in Art. 5 BV und in materieller Hinsicht in der Grundrechtsordnung verankert sind. Hinzu kommen verfassungsrechtliche Verpflichtungen zur behördlichen Kooperation und Koordination (insb. Art. 44 Abs. 2 BV: Amts- und Rechtshilfe). Sind diese Bereiche bereits in sich noch wenig geklärt, gilt dies in besonderem Masse für das hier interessierende Zusammenspiel der einzelnen Bereiche.

[Rz 6] Der verfassungsrechtliche Rahmen öffnet ein Spannungsfeld divergierender Interessen. Die «richtige» Daten- und Informationsordnung lässt sich nicht aus der Verfassung ableiten. Vielmehr belässt sie immer Spielraum für mehrere, wenn auch nicht beliebige Lösungen. Es liegt am Gesetzgeber, den Daten- und Informationsaustausch konkret und kohärent zu regeln. Aufgabe von Lehre und Praxis ist es, zur Entwicklung einheitlicher und sachgerechter Kriterien beizutragen und gesetzgeberische Lösungen mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben kritisch zu hinterfragen.

[Rz 7] Der verfassungsrechtliche Rahmen und seine gesetzliche Umsetzung müssen deshalb näher betrachtet und kritisch gewürdigt werden. So lässt sich aufzeigen, inwiefern die staatliche Daten- und Informationsbearbeitung bereits heute überzeugend geregelt ist und inwiefern noch gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

[Rz 8] Entsprechend diesen Überlegungen ist das Gutachten

wie folgt aufgebaut: Zunächst erarbeiten wir die grundrechtlichen Vorgaben für den staatlichen Umgang mit Daten und Informationen (Teil B: Strukturierung staatlicher Datenflüsse durch die Grundrechte). Im Zentrum steht der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz nach Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 BV. Wie zu zeigen sein wird, ist dabei der Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten nach Art. 13 Abs. 2 BV als institutionelle Dimension eines zeitgemässen Persönlichkeitsschutzes aufzufassen. In einem zweiten Teil (Teil C: Zulässigkeit und Verpflichtung zur behördlichen Kooperation) geht es weniger um materielle als um organisationsrechtliche und somit formelle Anforderungen der Verfassung an die staatliche Daten- und Informationsbearbeitung. Am Institut der Amtshilfe werden Vorgaben für die behördliche Kooperation herausgearbeitet, die von allgemeiner Gültigkeit sind. Im Fokus steht dabei Art. 5 BV. Nachdem wir den verfassungsrechtlichen Rahmen aufgezeigt haben, widmen wir uns in den beiden folgenden Teilen der Gesetzesstufe. Zunächst geht es in Teil D um die Geheimnisvorschriften. Als Querschnittsmaterie enthält das Geheimnisrecht Vorschriften aus verschiedensten Rechtsbereichen, die sich mit der Vertraulichkeit von Daten und Informationen und damit mit formellen und materiellen Schranken der Daten- und Informationsbearbeitung befassen. Eine allgemeine «Grundordnung» des staatlichen Umgangs mit Daten und Informationen stellten die Datenschutzgesetze auf (Teil E). Mit einem kurzen Hinweis (Teil F) wird sodann auf die Bedeutung des Verfahrensrechts eingegangen, bevor eine kritische Auseinandersetzung mit dem Urteil des Bundesgerichts vom 1. Februar 2007 folgt (2A.692/2006), das nach der hier vertretenen Ansicht einige falsche Akzente gesetzt hat (Teil G). Der darauf folgende Teil H leitet über zum konkreten Regelungsvorschlag im abschliessenden Teil I.

[Rz 9] Daten und Informationen sind klar voneinander zu trennen.<sup>2</sup> Daten sind Zeichen, die auf einem Datenträger festgehalten und insofern vergegenständlicht sind. Sie dienen als Informationsgrundlagen, sind selbst aber keine Information.

[Rz 10] Informationen sind stets Sinnelemente, die in einem bestimmten sozialen Kontext aus Beobachtungen, Mitteilungen oder Daten erzeugt und dann genutzt werden. Mit Bezug auf Daten sind Informationen immer das, was als Aussage eines Datums verstanden, d.h. interpretativ ermittelt wird. Die Bedeutung eines Datums erschliesst sich erst mit Blick auf den Verwendungszusammenhang.<sup>3</sup>

[Rz 11] Daten und Informationen sind personenbezogen, wenn sie sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen.<sup>4</sup> Synonyme dazu sind die Begriffe «Person-

<sup>1</sup> Z.B. Urteil des Bundesgerichts 2A.692/2006 vom 1. Februar 2007.

<sup>2</sup> Definitionen von «Daten» und «Informationen» nach ALBERS, Umgang, N 11 ff.

<sup>3</sup> ALBERS, Umgang, N 13.

<sup>4</sup> Art. 3 lit. a DSG; dazu BSK DSG-BELSER, Art. 3 N 3 ff.; ferner ALBERS, Umgang, N 29 ff.

endaten und -informationen» bzw. «persönliche Daten und Informationen».

[Rz 12] Unter Daten- und Informationsbearbeitung ist jeder Umgang mit Daten und Informationen zu verstehen, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen (Gewinnen), Aufbewahren, Verwenden und Bekannt- bzw. Weitergeben von Daten und Informationen.<sup>5</sup>

## B. Strukturierung staatlicher Datenflüsse durch die Grundrechte

[Rz 13] Die Grundrechte setzten grundlegende Massstäbe für die Gestaltung staatlicher Informationsflüsse. Neben dem spezifischen Grundrecht auf Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten (Art. 13 Abs. 2 BV; Art. 18 KV BE; dazu unten 2.) setzen auch die übrigen Grundrechte der staatlichen Datenbearbeitung Grenzen (dazu unten 3. und 5.). Doch zunächst soll geprüft werden, weshalb staatliche Daten- und Informationsbearbeitung überhaupt grundrechtsrelevant ist (dazu sogleich 1.).

### 1. Problemaufriss

[Rz 14] Einigkeit besteht heute in Lehre und Praxis darüber, dass staatliches Bearbeiten von Personendaten *als solches* grundrechtsrelevant sein kann. Die modernen Kommunikations- und Informationstechnologien trugen wesentlich zu dieser Erkenntnis bei, da sie «ein beinahe unbeschränktes Erfassen, Zusammenführen, Aufbereiten von und Verfügen über Informationen»<sup>6</sup> ermöglichen. Der Einzelne ist in seiner freien Persönlichkeitsentfaltung bedroht, wenn er nicht mehr wissen kann, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiss.

[Rz 15] Daten- und Informationsflüsse müssen daher zum Schutz des Einzelnen *begrenzt* werden. Begrenzen bedeutet regeln, nicht verbieten. Das Bearbeiten von Personendaten muss zwar sachgerecht und transparent gestaltet werden, kann aber nicht in grundsätzlicher Weise verboten sein. Nicht zuletzt deshalb, weil staatliche Stellen zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf das Bearbeiten von Personendaten angewiesen sind. Die richtige Grenzziehung ist entscheidend. Hier setzt das spezifische Grundrecht auf Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten (Art. 13 Abs. 2 BV) an und stellt Kriterien auf, um eine allumfassende, unbegrenzte und intransparente Datenbearbeitung zu vermeiden.

[Rz 16] Selbst eine begrenzte und transparente Datenbearbeitung, die den Anforderungen von Art. 13 Abs. 2 BV entspricht, ist aus grundrechtlicher Sicht nicht ohne weiteres zulässig. «Datenschutz» im weiteren Sinne dient nicht nur

dem Schutz vor unbegrenzter Datenbearbeitung. Zu beachten sind stets auch die übrigen Grundrechte, namentlich die anderen Gehalte des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 10 Abs. 2 BV; Art. 13 Abs. 1 BV) sowie – vorliegend – das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 Abs. 1 BV). Vielfach stehen die spezifischen Grundrechtsgarantien im konkreten Fall sogar im Vordergrund. Der verfassungsrechtliche Datenschutz ist *nicht lex specialis* zu den übrigen Grundrechten, auch nicht zu Art. 13 Abs. 1 BV und zu Art. 10 Abs. 2 BV.<sup>7</sup> So können etwa die Art und Weise der Datenerhebung (z.B. heimliche Videoüberwachung, strafprozessuale Zwangsmassnahmen) oder die konkreten Umstände der Datenweitergabe (z.B. Sozialbehörde arbeitet eng mit Migrationsbehörde zusammen) die Schutzbereiche spezifischer Grundrechte tangieren.

[Rz 17] Für das Verständnis des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, insbesondere für das Verständnis von Anliegen im Zusammenhang mit Fragen des Datenschutzes, scheint uns eine gesonderte Betrachtung der individualrechtlichen und der – wie wir sie nennen würden – strukturellen Teilgehalte der betreffenden Grundrechte notwendig zu sein. Wie sogleich dargelegt wird, lassen sich einzelne Grundrechtsgehalte nur unzureichend beschreiben, wenn man sie auf eine eindimensionale, individualrechtliche Perspektive verkürzt. So kann Persönlichkeitsschutz nur gewährleistet werden, wenn die entsprechenden Schutzstrukturen vorhanden sind.

### 2. Strukturelle Ebene des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 13 Abs. 2 BV; Art. 18 KV BE)

[Rz 18]

#### Art. 13 BV Schutz der Privatsphäre

<sup>1</sup> Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

<sup>2</sup> Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.

#### Art. 18 KV BE Datenschutz

<sup>1</sup> Jede Person hat das Recht, die über sie bearbeiteten Daten einzusehen und zu verlangen, dass unrichtige Daten berichtigt und ungeeignete oder unnötige Daten vernichtet werden.

<sup>2</sup> Behörden dürfen Personendaten nur bearbeiten, wenn eine gesetzliche Grundlage besteht und die Daten für die Erfüllung ihrer Aufgaben geeignet und notwendig sind.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 3 lit. e DSGVO.

<sup>6</sup> Botschaft DSGVO, S. 417.

<sup>7</sup> ALBERS, Habil., S. 593 ff. (zum deutschen Recht).

<sup>3</sup> Sie vergewissern sich, dass die bearbeiteten Daten richtig sind, und sie sichern sie vor missbräuchlicher Verwendung.

## a) Schutzobjekt und Schutzbereich

### (1) Zu enger Wortlaut der Verfassungsbestimmungen

[Rz 19] Zu Art. 13 Abs. 2 BV führte der Bundesrat in der Botschaft aus, dass der Anspruch auf Datenschutz ein Teilaspekt des Rechts auf eine persönliche Geheimsphäre sei. Er bedeute, «dass staatliche Organe Personendaten nur bearbeiten dürfen, wenn dies notwendig ist, wenn die Bearbeitung zweckgebunden erfolgt und verhältnismässig ist. Der Schutz vor Missbrauch wird durch Einsichts- und Berichtigungsrechte der betroffenen Person sichergestellt»<sup>8</sup>. Der Missbrauchsbegriff ist weit auszulegen. Eine missbräuchliche Datenbearbeitung liegt nach dem Willen des Verfassungsgebers vor, wenn die Vorgaben des Datenschutzgesetzes nicht eingehalten sind.<sup>9</sup> Auch die Bearbeitung falscher Daten ist somit «missbräuchlich» im Sinne von Art. 13 Abs. 2 BV.

[Rz 20] Der Wortlaut von Art. 18 KV BE ist klarer gefasst. Die Bestimmung verankert (einige) wichtige Grundsätze des Datenschutzes auf Verfassungsebene und erwähnt den Schutz vor Missbrauch (im engeren Sinne) zu Recht nur als einen von mehreren Aspekten.<sup>10</sup> Dabei fällt auf, dass der zentrale Grundsatz der Zweckfestlegung staatlicher Datenbearbeitung fehlt. Das Berner Grundrecht auf Datenschutz zeigt dennoch, worum es auch dem eidgenössischen Verfassungsgeber ging: um die Verankerung eines Grundrechts auf Datenschutz durch «Heraufstufung» der Grundsätze des einfachrechtlichen Datenschutzes auf Verfassungsebene.<sup>11</sup> Die Bearbeitungsgrundsätze der Abs. 2 und 3 sind nicht als subjektive (Grund-)Rechte ausgestaltet, sondern richten sich an die Behörden, was bei Erlass der Bestimmung zu Diskussionen über die «Verfassungswürdigkeit» dieser Verpflichtungen führte.<sup>12</sup> Ihre Aufnahme in den Verfassungstext verdeutlicht jedoch, dass die Anliegen des verfassungsrechtlichen Persönlichkeits- und Datenschutzes nur erreicht werden können, wenn die entsprechenden institutionellen bzw. strukturellen Vorkehrungen getroffen werden, um den Datenfluss abzusichern.

### (2) Herrschende Lehre: Recht auf informationelle Selbstbestimmung

[Rz 21] Die herrschende (Deutschschweizer) Lehre misst

Art. 13 Abs. 2 BV eine Bedeutung zu, die weit über den Wortlaut und die Materialien hinausreicht. Datenschutz bedeute etwas *viel Grundsätzlicheres* als blossen Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten.<sup>13</sup> Art. 13 Abs. 2 BV verankere das Recht auf «informationelle Selbstbestimmung», dessen Gehalt darin liege, «dass jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung und Speicherung von sie betreffenden Informationen *bestimmen* können muss, ob und zu welchem Zweck diese Informationen über sie bearbeitet und gespeichert werden».<sup>14</sup> Der Einzelne kann also nach der herrschenden Lehre selbst über Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten bestimmen.<sup>15</sup>

[Rz 22] Die Figur der informationellen Selbstbestimmung ist aus dem deutschen Recht übernommen. Im Jahr 1983 hat das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in schöpferischer Rechtsprechung ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung anerkannt (Volkszählungs- bzw. Zensusurteil).<sup>16</sup> Das Grundrecht sollte einen adäquaten Schutz vor den Gefahren moderner Datenbearbeitung gewährleisten. Das BVerfG hat diese Gefahren zutreffend wie folgt umschrieben: «Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Information in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger *nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiss*. (...) Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus.»<sup>17</sup>

[Rz 23] Kritik erwuchs dem Zensusurteil weniger aus dieser Analyse, als aus den daraus gezogenen Schlüssen. Gestützt auf die geschilderte Gefährdungslage entwickelte das BVerfG ein Recht des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung. Dieses Recht gewährleiste «die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.»<sup>18</sup> Aus

<sup>8</sup> Botschaft BV, S. 153.

<sup>9</sup> So das Votum von BR ARNOLD KOLLER im Nationalrat, Reform der Bundesverfassung NR, S. 191: «Ich glaube, wir sind uns alle einig, dass mit dem Verweis auf den Missbrauch die umfassende Datenschutzgesetzgebung und damit auch die Beseitigung bzw. Berichtigung falscher Daten eigentlich enthalten ist. Das ist ein Grundgehalt des Datenschutzes.»

<sup>10</sup> Vgl. dazu BOLZ, Kommentare, S. 278 ff.

<sup>11</sup> BOLZ, Kommentare, S. 279.

<sup>12</sup> BOLZ, Kommentare, S. 280 f.

<sup>13</sup> SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, Art. 13 N 39; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, S. 158; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, Art. 1 N 18; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 167; RUDIN, Erosion, S. 418 ff. und 425. Die folgende Darstellung der Auffassung der herrschenden Lehre orientiert sich an den Ausführungen von SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, Art. 13 N 37 ff.

<sup>14</sup> SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, Art. 13 N 39 (Hervorhebung beigelegt).

<sup>15</sup> Grundlegend BVerfGE 65, 1 (43), dazu sogleich im Text.

<sup>16</sup> BVerfGE 65, 1 (41 ff.).

<sup>17</sup> BVerfGE 65, 1 (42 f.) (Hervorhebung beigelegt).

<sup>18</sup> BVerfGE 65, 1 (43).



der Gefahr, nicht mehr *wissen* zu können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über einen weiss, schloss das BVerfG ohne weitere Begründung auf ein Recht, selbst *bestimmen* zu können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über einen weiss.

[Rz 24] Bei näherer Betrachtung sprechen aus Schweizer Sicht vor allem zwei Gründe gegen eine solche Konstruktion. Ein erster Einwand liegt in einem missachteten Unterschied zwischen der deutschen und der Schweizer Rechtsordnung. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist nichts anderes als eine Neufassung der allgemeinen Handlungsfreiheit unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung.<sup>19</sup> Während die allgemeine Handlungsfreiheit («Jeder kann tun und lassen, was er will.») nach der deutschen Praxis grundrechtlich geschützt ist,<sup>20</sup> wurde sie vom Bundesgericht nie als Ausfluss des Grundrechts auf persönliche Freiheit anerkannt.<sup>21</sup> Eine generelle Freiheit, sich nicht befragen zu lassen, wie sie in Deutschland als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit formuliert wird, ist bei uns nicht anerkannt.<sup>22</sup> Deshalb ist es nicht sachgerecht, die allgemeine Handlungsfreiheit über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in das Schweizer Recht einzuführen. Darauf hat bereits die ältere Schweizer Lehre hingewiesen.<sup>23</sup>

[Rz 25] Der zweite Grund betrifft die Konstruktion als solche. Deren Schwächen hat Marion Albers<sup>24</sup> überzeugend nachgewiesen.<sup>25</sup> Das Grundrecht auf Datenschutz weist einen eigenständigen Schutzgehalt auf. Es bezweckt den Schutz vor allumfassender, unbegrenzter und intransparenter Daten- und Informationsbearbeitung.<sup>26</sup> *Schutzobjekt*

sind *personenbezogene Daten und Informationen*, und damit Schutzgüter eigener Art, die sich von traditionellen Schutzgütern wie Verhalten (Willensfreiheit) oder Eigentum unterscheiden.<sup>27</sup> Geschützt werden also weder Verhaltensäusserungen einer Person noch Gegenstände, über die eine Person ein eigentumsähnliches Verfügungsrecht besitzt.<sup>28</sup> Der verfassungsrechtliche Datenschutz nach Art. 13 Abs. 2 BV setzt auf einer abstrakteren Ebene an: Der Schutzzweck ist informationsorientiert und nicht verhaltensbezogen konzipiert. Das staatliche Bearbeiten von personenbezogenen Daten und Informationen als solches berührt den (öffentlich-rechtlichen) Persönlichkeitsschutz und löst Schutzerfordernisse aus.

[Rz 26] Dabei strukturiert Art. 13 Abs. 2 BV staatliches Handeln weniger in seinen Inhalten als in seinen Formen. Die Garantie zielt nicht auf den Schutz inhaltlich bestimmter Personendaten (z.B. persönlichkeitsnahe Personendaten),<sup>29</sup> sondern auf den Schutz vor dem staatlichen Umgang mit Personendaten als solchem. Datenschutzrecht ist in diesem Sinn *Datenverkehrsrecht*, das dem Persönlichkeitsschutz dient. Der verfassungsrechtliche Datenschutz nach Art. 13 Abs. 2 BV zügelt gewissermassen den staatlichen Datenhunger ungeachtet dessen, was auf der Speisekarte steht. Dies verdeutlicht, dass Art. 13 Abs. 2 BV prozedural angelegt ist und Anforderungen an das formelle Recht (Verfahrens- und Organisationsrecht) aufstellt. Die Garantie rückt damit in die Nähe von Verfahrensgarantien, insb. des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV.

[Rz 27] Präzisierend ist anzufügen, dass die Normen des Datenverkehrsrechts durchaus auch den Inhalt bzw. die «Sensitivität» der Daten reflektieren können. Dies zeigt sich etwa darin, dass die Datenschutzgesetze bei besonders schützenswerten Personendaten erhöhte Anforderungen an die Transparenz der Datenbearbeitung stellen.<sup>30</sup>

[Rz 28] Liest man Art. 13 Abs. 2 BV dagegen als «Recht auf informationelle Selbstbestimmung», d.h. als Recht *bestimmen* zu können, wer was über einen weiss, liegt darin ein problematischer Sprung im Abstraktionsniveau.<sup>31</sup> Folge davon ist ein inhaltsleeres Selbstbestimmungsrecht mit einem konturlosen Schutzbereich. Es wandelt sich, wie bereits erwähnt, zur allgemeinen Handlungsfreiheit. *Jeder* staatliche Umgang mit personenbezogenen Daten und Informationen erscheint dann als Grundrechtseingriff, wäre also grundsätzlich verboten, sofern er nicht über Art. 36 BV gerechtfertigt werden könnte. Damit schiesst man über das Ziel hinaus und wird man dem informationsorientierten Schutzzweck von Art. 13 Abs. 2 BV nicht gerecht.

<sup>19</sup> SCHLINK, Habil., S. 190, 198, 199.

<sup>20</sup> BVerfGE 6, 32 (36 ff.) – Elfes.

<sup>21</sup> Statt vieler MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 141 mit zahlreichen Hinw. auf Lehre und Praxis.

<sup>22</sup> Es gibt kein generelles «Schweigerecht», das als solches grundrechtlich geschützt wäre, vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N 67 ff., m.w.H.; BGE 132 II 113 E. 3.2 S. 115 f. Staatliche Mitwirkungs- und Auskunftspflichten greifen aber namentlich dann in Grundrechte ein, wenn materielle Geheimnisse (siehe die Ausführungen zu Art. 10 Abs. 2 BV) erfragt werden, z.B. bei Berufsgeheimnisträgern, vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2A.247/2000 vom 20. April 2001, E. 2c. Eigenständig ist ferner zu prüfen, ob eine allfällige (zwangsweise) Vollstreckung solcher Mitwirkungs- und Auskunftspflichten in grundrechtlich geschützte Positionen eingreift.

<sup>23</sup> SCHREPPER, Diss., S. 178; SIMON, Diss., S. 105, 108.

<sup>24</sup> Albers, Habil., passim; vgl. für die Schweiz aus privatrechtlicher Sicht N 48 und 353.

<sup>25</sup> Vgl. für die Schweiz z.B. MAHON, enjeux, S. 36: «prise à la lettre, elle conduirait à bloquer tout processus de communication.»; ferner AEBI-MÜLLER, Habil., insb. N 541 ff., die – aus privatrechtlicher Sicht (N 48 und 353) – aufzeigt, dass die informationelle Selbstbestimmung «weit über das Ziel hinausschiesst» (N 609); HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 12.123 f. Als Lösung bieten HAUSHEER/AEBI-MÜLLER einen juristisch-pragmatischen Ansatz an, der wesentlich auf die persönlichkeitsrelevanten Wirkungen einer bestimmten Verhaltensweise abstellt (N 12.125 ff.); umfassend AEBI-MÜLLER, Habil., N 621 ff.

<sup>26</sup> ALBERS, Umgang, N 75 f.

<sup>27</sup> ALBERS, Umgang, N 69.

<sup>28</sup> Damit ist keineswegs ausgeschlossen, dass der staatliche Umgang mit personenbezogenen Daten *auch* klassische Verhaltensfreiheiten oder Schutzobjekte der Eigentumsgarantie tangieren kann.

<sup>29</sup> Hier greifen spezielle Grundrechtsgarantien, siehe unten Rz. 71 ff.

<sup>30</sup> Vgl. z.B. die Revision des DSG per 1. Januar 2008.

<sup>31</sup> ALBERS, Habil., S. 156.

### (3) Bundesgerichtspraxis

[Rz 29] Das Bundesgericht nahm bereits vor der Verfassungsrevision Bezug auf das deutsche Recht<sup>32</sup> und verwendete den Begriff der informationellen Selbstbestimmung<sup>33</sup>, ohne ihm jedoch einen spezifischen, eigenständigen Gehalt zu geben. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wurde nicht ausdrücklich als ungeschriebenes Grundrecht oder als eigenständiger Teilgehalt der persönlichen Freiheit anerkannt.<sup>34</sup> Zwar finden sich in der Rechtsprechung Hinweise darauf, dass «der Datenschutz einem verfassungsrechtlichen Anliegen entspreche und insbesondere die persönliche Freiheit betreffe».<sup>35</sup> Das Schutzobjekt wurde jedoch nicht informationsspezifisch gefasst, sondern in der Achtung der persönlichen Geheimsphäre als Teilgehalt der persönlichen Freiheit verortet.<sup>36</sup> Die Praxis war nicht ohne Widersprüche: In einem (unpublizierten!) Urteil<sup>37</sup> anerkannte das Bundesgericht ein umfassendes Bestimmungsrecht des Einzelnen über seine Daten als Teilgehalt der persönlichen Freiheit, in einem anderen Urteil<sup>38</sup> lehnte es ein «generelles Recht eines jeden (...), jederzeit zu wissen, wer was über ihn weiss», klar ab. Das Bundesgericht ging jedenfalls nicht dazu über, das Bearbeiten von Personendaten *als solches* als strukturell grundrechtsrelevant einzustufen, um so den Einzelnen vor einer allumfassenden, unbegrenzten und intransparenten Informations- und Datenverarbeitung zu schützen.

[Rz 30] Dies gilt auch für die jüngere Praxis seit Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung. Das Bundesgericht sieht den verfassungsrechtlichen Datenschutz in Art. 13 Abs. 2 BV verankert. Der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV misst es keine darüber hinausgehende Bedeutung zu.<sup>39</sup>

Das Bundesgericht hat sich bis heute in keinem Urteil vertieft mit Schutzzweck und Schutzobjekt von Art. 13 Abs. 2 BV auseinandergesetzt. Das «Recht auf informationelle Selbstbestimmung» taucht zwar als Begriff häufig auf,<sup>40</sup> doch umschreibt das Bundesgericht den Schutzbereich in der Regel knapp als Schutz vor «Beeinträchtigungen, die durch die staatliche Bearbeitung seiner persönlichen Daten entstehen»<sup>41</sup>, oder – in Wiederholung des Wortlauts der Bestimmung – als Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten.<sup>42</sup> Vereinzelt hat das Bundesgericht ohne weitere Begründung und ohne dogmatische Einbettung die Formulierung der herrschenden Lehre übernommen und festgehalten, jede Person solle «selbst bestimmen können, ob und zu welchem Zwecke Informationen über sie bearbeitet werden».<sup>43</sup>

[Rz 31] Diese Aussage darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Bundesgericht Art. 13 Abs. 2 BV noch heute in engem Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 1 BV liest. «Der verfassungsrechtliche Datenschutz ist Teil des Rechts auf eine Privat- und persönliche Geheimsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV).»<sup>44</sup> Vorgezeichnet durch die Marginalie («Schutz der Privatsphäre») wird Art. 13 Abs. 2 BV damit zu einem *Teilgehalt des Rechts auf Achtung der Privatsphäre*. Der Schutz erfasst folgerichtig nicht sämtliche Personendaten, sondern nur solche mit «persönlichkeitsrelevantem Charakter»<sup>45</sup> bzw. nur solche, die nicht der Öffentlichkeit zugänglich sind.<sup>46</sup> In der Lehre nehmen etwa Müller/Schefer<sup>47</sup> diesen Ansatz auf und beschränken den grundrechtlichen Schutz auf das Bearbeiten von «Angaben, die einen Bezug zur Privatsphäre einer Person haben».

[Rz 32] Der spezifische, informationsorientierte Gehalt des verfassungsrechtlichen Datenschutzes wird damit verkannt: Schutzobjekt von Art. 13 Abs. 2 BV sind personenbezogene Daten und Informationen und nicht die Privatsphäre. Der Schutz vor einer allumfassenden, unbegrenzten und intransparenten Informations- und Datenbearbeitung<sup>48</sup> war von Beginn an zentrales Anliegen der Datenschutzgesetzgebung<sup>49</sup>

<sup>32</sup> Eine erste Bezugnahme auf das Zensusurteil des BVerfG erfolgte in BGE 113 Ia 1 E. 4b/bb und E. 4d, im Rahmen einer Prüfung, ob ein schutzwürdiges Interesse für eine Akteneinsicht vorlag.

<sup>33</sup> Erstmals in BGE 120 II 118 E. 3a im Rahmen einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit, danach in BGE 122 I 153 E. 6b/aa wiederum im Rahmen einer Prüfung, ob ein schutzwürdiges Interesse für eine Akteneinsicht vorlag.

<sup>34</sup> BGE 122 I 153 E. 6b/aa.

<sup>35</sup> Urteil des Bundesgerichts 1P.613/1990 vom 27. März 1991, E. 5c, publ. in ZBI 1991, S. 543 ff.

<sup>36</sup> BGE 120 Ia 147 E. 2a S. 149; Urteil des Bundesgerichts 1P.613/1990 vom 27. März 1991, E. 5a, publ. in ZBI 1991, S. 543 ff.; BGE 109 Ia 273 E. 4a.

<sup>37</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 12. Januar 1990 i.S.S., E. 2a, publ. in: SJ 1990, S. 561 ff. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wurde allerdings nicht erwähnt. Vielmehr verallgemeinerte das Bundesgericht mit seiner Aussage einen bereits früher entwickelten Gedanken, der auf den Schutz der Privatsphäre abzielte: Nach ständiger Praxis griff das Erheben (Beschaffen) erkennungsdienstlicher Daten in die persönliche Freiheit ein. Nun erweiterte das Bundesgericht diesen Schutz auf sämtlichen weiteren Umgang mit Personendaten wie Verwenden, Einsehen oder Übermitteln.

<sup>38</sup> BGE 124 I 176 E. 6a S. 183.

<sup>39</sup> So ausdrücklich Urteil des Bundesgerichts 1C\_51/2008 vom 30. September 2008, E. 3.1; BGE 133 I 77 E. 3.2 S. 80 f.; in Art. 13 BV (und anderen Bestimmungen) hat der Verfassungsgeber Teilbereiche der bisherigen ungeschriebenen persönlichen Freiheit als eigenständige Grundrechte

ausgestaltet; vgl. BGE 127 I 6 E. 5a: Art. 10 Abs. 2 BV behält seine Stellung als «grundlegendes Freiheitsrecht» (BGE 127 I 6 E. 5a S. 12).

<sup>40</sup> Z.B. BGE 133 I 77 E. 5.3 S. 85; 129 I 232 E. 4.3; 128 II 259 E. 3.2.

<sup>41</sup> BGE 129 I 232 E. 4.3.1; 128 II 259 E. 3.2.

<sup>42</sup> BGE 133 I 77 E. 3.2 S. 81.

<sup>43</sup> BGE 129 I 232 E. 4.3.1 S. 245; daran anschliessend z.B. Urteil des Bundesgerichts 1D\_17/2007 vom 2. Juli 2008, E. 4.1.

<sup>44</sup> BGE 128 II 259 E. 3.2. S. 268; ferner etwa BGE 133 I 77 E. 3.2. S. 80 f.

<sup>45</sup> Urteil des Bundesgerichts 1D\_17/2007 vom 2. Juli 2008, E. 4.1 (bzgl. eines «Schul-Leumundsregisters»), in derselben Erwägung wird im Anschluss an die h.L. von einem umfassenden Selbstbestimmungsrecht gesprochen.

<sup>46</sup> Urteil des Bundesgerichts 2P.83/2005 vom 26. Januar 2006, E. 2.1; BGE 124 I 34 E. 3a S. 36.

<sup>47</sup> Müller/Schefer, Grundrechte, S. 167.

<sup>48</sup> ALBERS, Umgang, N 75.

<sup>49</sup> Botschaft DSG, S. 416 ff., allerdings mit der Auffassung, dass der Einzelne dadurch «der Möglichkeit beraubt werde, selber zu bestimmen, wem er



und wurde mit der «Heraufstufung»<sup>50</sup> des Datenschutzes von der Gesetzes- auf Verfassungsebene zum Inhalt von Art. 13 Abs. 2 BV.

[Rz 33] Dies zeigt sich auch in denjenigen Urteilen, die den verfassungsrechtlichen Datenschutz – wenn überhaupt – nur summarisch erwähnen und ihn als blosser Verpflichtung zur Einhaltung einfachgesetzlicher Vorgaben in Datenschutz- und Spezialgesetzen auffassen:<sup>51</sup> «Le recourant invoque en vain la garantie de l'art. 13 al. 2 Cst., puisque cette garantie a été concrétisée, entre autres, par la loi fédérale sur la protection des données (LPD). L'art. 13 al. 2 Cst. constitue simplement – à partir du 1er janvier 2000 – la base constitutionnelle de cette législation.»<sup>52</sup>

[Rz 34] Wie noch zu zeigen sein wird, behalten Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 1 BV neben Art. 13 Abs. 2 BV eine eigenständige Stellung. Dass das Bundesgericht nicht klar zwischen diesen Garantien abgrenzt, mag mit Blick auf die ihm vorgelegten Sachverhalte zu erklären sein: Bei sämtlichen publizierten Urteilen, die sich explizit mit Art. 13 Abs. 2 BV befassen, waren auch Teilgehalte von Art. 10 Abs. 2 bzw. Art. 13 Abs. 1 BV tangiert: Einsicht in Polizeiakten<sup>53</sup>, Videoüberwachung des öffentlichen Raums<sup>54</sup>, DNA-Profile<sup>55</sup> oder weit reichende Offenlegung persönlicher Daten im Einbürgerungsverfahren.<sup>56</sup>

[Rz 35] *Zusammenfassend* ergibt sich, dass das Bundesgericht den Schutzzweck von Art. 13 Abs. 2 BV bis heute im Schutz der Privat- und Geheimsphäre sieht, auch wenn der Begriff der informationellen Selbstbestimmung immer wieder auftaucht. Die Praxis hat den spezifischen, informationsorientierten Schutzgehalt des verfassungsrechtlichen Datenschutzes (noch) nicht anerkannt. Freilich lassen sich Tendenzen hin zu einer Auflösung der Konturen des Begriffs der Privatsphäre bzw. des Privatlebens erkennen.<sup>57</sup>

welche Mitteilungen machen will» (S. 417).

<sup>50</sup> So BR ARNOLD KOLLER, Reform der Bundesverfassung NR, S. 191.

<sup>51</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.692/2006 vom 1. Februar 2007, insb. E. 4.2 (spontane Mitteilung von Sozialhilfedaten durch die kommunale Sozialbehörde an das kantonale Migrationsamt); BGE 133 V 359 (Auskunftsbegehren eines Krankenversicherers an Leistungserbringer zwecks Durchführung Wirtschaftlichkeitskontrolle), kritisch dazu WERMELINGER, Freiwild, passim; BGE 131 II 413, insb. E.2.6, in Pra 95 (2006) Nr. 76 (Weiterleitung des medizinischen Dossiers des Versicherten durch den Vertrauensarzt des Versicherers an einen externen Spezialisten); Urteil des Bundesgerichts 1P.150/1998 vom 15. Juli 1998, insb. E. 2c in fine, publ. in: ZBI 1999, S. 312 ff. (Berichtigung einer Krankengeschichte; Art. 18 KV-BE).

<sup>52</sup> Urteil des Bundesgerichts 5C.242/2003 vom 20. Februar 2004, E. 6.

<sup>53</sup> BGE 126 I 7. Gerade zum Umgang mit Polizeiakten hat das Bundesgericht einige wegleitende Urteile zum Datenschutz gefällt: z.B. BGE 113 Ia 257.

<sup>54</sup> BGE 133 I 77.

<sup>55</sup> BGE 128 II 259.

<sup>56</sup> BGE 129 I 232.

<sup>57</sup> BREITENMOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 13 N 22 (vorab mit Blick auf Art. 8 EMRK und die Praxis des EGMR).

#### (4) Eigener Ansatz

[Rz 36] Weder die Praxis des Bundesgerichts noch die herrschende Lehre umschreiben Schutzobjekt und Schutzzweck von Art. 13 Abs. 2 BV überzeugend. Das Bundesgericht verfolgt einen dogmatischen Ansatz, den das deutsche BVerfG mit dem Zensus-Urteil aufgegeben hat. Die herrschende Lehre nimmt dieses Urteil zwar auf, folgt jedoch auch dessen unübersehbaren dogmatischen Schwächen und trägt den Besonderheiten der Schweizer Rechtsordnung nicht genügend Rechnung.

[Rz 37] *Teilaspekte* des verfassungsrechtlichen Daten- und Persönlichkeitsschutzes sind historisch aus dem Grundrecht auf persönliche Freiheit entwickelt worden. Als «Muttergrundrecht»<sup>58</sup> sichert die persönliche Freiheit die Voraussetzungen konkreter Freiheitsausübung. Sie schützt nach Peter Saladin<sup>59</sup> «essentielle, existentielle Voraussetzungen für die Ausübung jeglicher Freiheit und liegt daher auf einer anderen Ebene als traditionelle Freiheitsrechte». Hierin wurzelt auch die strukturelle bzw. institutionelle Dimension des Datenschutzes, die das Schutzobjekt der persönlichen Freiheit, die Autonomie und Würde des Menschen,<sup>60</sup> durch eine unbegrenzte Datenbearbeitung in grundlegender Weise bedroht sieht.<sup>61</sup>

[Rz 38] Die irreführende Marginalie von Art. 13 darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der verfassungsrechtliche Datenschutz nach Art. 13 Abs. 2 BV nicht auf die Privat- oder Geheimsphäre beschränkt.<sup>62</sup> Schutzobjekt sind sämtliche personenbezogenen Daten und Informationen. Soweit folgt unser Ansatz der herrschenden Lehre, weicht aber insofern von ihr ab, als wir einen Anspruch des Einzelnen, grundsätzlich selbst über Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen, ablehnen und Art. 13 Abs. 2 BV als strukturelle Garantie behandeln. Die Gründe hierfür wurden bereits erwähnt, nun sind die Konsequenzen aufzuzeigen.

[Rz 39] Der verfassungsrechtliche Datenschutz richtet sich nach unserer Auffassung primär an den *Gesetzgeber*. Er hat dafür zu sorgen, dass der Umgang mit Personendaten nicht weitgehend ungebunden, unbegrenzt, undurchschaubar und an den Betroffenen vorbei verläuft. Staatliches Bearbeiten von Personendaten ist als grundrechtsrelevant und daher regelungsbedürftig anzuerkennen.<sup>63</sup> Im staatlichen Bereich

<sup>58</sup> SALADIN, Freiheit, S. 100.

<sup>59</sup> Saladin, Freiheit, S. 100.

<sup>60</sup> BGE 133 I 110 E. 5.2 in Pra 96 (2007) Nr. 123; SALADIN, Freiheit, S. 97 f.

<sup>61</sup> Siehe oben Rz. 15.

<sup>62</sup> RUDIN, Erosion, S. 421

<sup>63</sup> Bereits im Ansatz verkehrt sind daher Aussagen wie: «Wer nichts zu verbergen hat, hat nichts zu befürchten.» Unter den Bedingungen moderner Datenverarbeitung haben *alle* etwas zu befürchten, unabhängig davon, ob sie etwas zu verbergen haben oder nicht. Eine allzu subjektivrechtliche Fassung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, wie sie von der herrschenden Lehre vertreten wird, mag hier sogar das Gegenteil bewirken: Wer selbst bestimmen kann, was mit seinen Daten geschieht,

bedeutet dies, dass das Bearbeiten von Personendaten rechtlich nicht als Selbstverständlichkeit, als «in der Natur der Sache bzw. der Aufgabe liegend», betrachtet werden darf. Vielmehr ist die Datenbearbeitung aufgrund der ihr innewohnenden Gefahren für die Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen zu problematisieren und nach eigenständigen Kriterien zu regeln. Marion Albers<sup>64</sup> unterscheidet dabei folgende Vorgaben für einen verfassungskonformen Datenschutz:

- Sachgerechter und transparenter Umgang mit Personendaten.
- Gewährleistung individueller Kenntnismöglichkeiten.
- Gewährleistung individueller Einflusschancen.
- Institutionalisierung adäquater Kontrollen.

Die richtige Ordnung (staatlicher) Datenflüsse lässt sich nicht aus Art. 13 Abs. 2 BV deduzieren, sondern muss vom Gesetzgeber geschaffen werden. Er besitzt ein erhebliches Mass an *Umsetzungsfreiheit*, solange er sich an die verfassungsrechtlichen Vorgaben hält.

[Rz 40] Vorliegend interessieren vor allem die Anforderungen an einen sachgerechten und transparenten Umgang mit Personendaten. Zentrales Element einer verfassungskonformen Ordnung der Daten- und Informationsflüsse ist deren *Verknüpfung mit der staatlichen Aufgabenerfüllung*. Nur soweit eine staatliche Stelle die in Frage stehenden Daten zur Erfüllung ihrer Aufgaben und zur Ausübung ihrer Befugnisse benötigt, darf sie diese Daten bearbeiten.<sup>65</sup>

[Rz 41] Dabei lässt sich nicht ohne weiteres von der Aufgabe auf das Recht zur Datenbearbeitung schliessen. Vielmehr ist es Sache des Gesetzgebers, in allgemeinen Datenschutzgesetzen und den jeweiligen Sachgesetzen zu bestimmen, wofür Daten verwendet werden dürfen, indem er den Verwendungszweck der Daten möglichst genau festlegt und die staatlichen Behörden daran bindet.<sup>66</sup> Erst die *Festlegung des Verwendungszwecks* definiert den Wissens- und Handlungskontext der Datenbearbeitung. Vergegenwärtigt man sich, dass sich die Bedeutung eines Datums erst mit Blick auf den Verwendungszusammenhang erschliesst,<sup>67</sup> wird deutlich, wie fundamental die Zweckfestlegung für eine sachgerechte und transparente Ordnung des staatlichen Umgangs mit Personendaten ist. Erst über den Verwendungszweck lässt sich

bestimmen, welche Informationen aus bestimmten Daten gewonnen werden.

[Rz 42] Allfällige Änderungen der Verwendungszwecke sind damit nicht ausgeschlossen, allerdings nur dann zulässig, wenn sie so geregelt sind, dass die Daten- und Informationsflüsse begrenzt, bestimmbar und transparent bleiben.<sup>68</sup> Da mit wechselnden Kontexten neue Informationen erzeugt werden, müssen die Richtigkeit der Informationen und die Kenntnis- und Einflusschancen der Betroffenen sichergestellt sein. Auch dürfen die jeweiligen Zwecke und die dafür geltenden Vorgaben nicht miteinander unvereinbar sein; Zweckänderungen müssen nach Treu und Glauben erfolgen.<sup>69</sup> Zusätzlich sind einzelgrundrechtliche Schutzerfordernisse zu beachten.<sup>70</sup>

[Rz 43] Was Zweckfestlegungen, -bindungen und -änderungen betrifft, finden sich in den allgemeinen Datenschutzgesetzen (notwendigerweise) abstrakte Formulierungen von Verwendungszwecken (z.B. «Erfüllung einer staatlichen Aufgabe»). Sie genügen nur dann den verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen, wenn die zu erfüllende Aufgabe und die entsprechenden Befugnisse genügend konkret gefasst sind, so dass die Datenflüsse begrenzt, bestimmbar und transparent bleiben.<sup>71</sup> Dabei kommt es auf den jeweiligen Bereich an.

[Rz 44] Beispiel (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.692/2006 vom 1. Februar 2007): Eine ausländerrechtliche Bewilligung kann nach klarer gesetzlicher Anordnung widerrufen werden, wenn eine Person Sozialhilfe bezieht (z.B. Art. 62 lit. e AuG). Sofern keine einschränkenden gesetzlichen Regelungen bestehen, darf daher eine kommunale Sozialhilfebehörde das kantonale Migrationsamt über den Sozialhilfebezug einer Person informieren. Diese Angabe dient der Erfüllung einer präzise festgelegten Kompetenz der Ausländerbehörden. Dem Erfordernis der begrenzten, bestimmbaren und transparenten Daten- und Informationsbearbeitung ist damit Genüge getan. Gleichwohl ist über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Datenweitergabe noch nicht abschliessend entschieden, da die Sozialbehörde eventuell aufgrund von Art. 12 BV zu schweigen hat (dazu unten Rz. 90 ff).

[Rz 45] Der Gesetzgeber hat ferner zu regeln, welcher Abhängigkeitsgrad zwischen einem Informationsbearbeitungsvor-

---

gerät immer dann unter Rechtfertigungsdruck, wenn er eine Datenbearbeitung verweigert: «Warum gibst du denn deine Daten nicht frei? Hast du etwas zu verbergen?» Dabei geht es bei richtiger Betrachtung um ein *strukturelles*, nicht um ein individuelles Problem.

<sup>64</sup> Albers, Umgang, N 75 ff.

<sup>65</sup> ALBERS, Habil., S. 462. Auch wenn ein Bedarf ausgewiesen ist, sind noch anderweitige rechtliche Grenzen einer zulässigen Datenbearbeitung zu beachten. Diese folgen nicht aus Art. 13 Abs. 2 BV, sondern insb. aus anderen Grundrechtsgarantien.

<sup>66</sup> ALBERS, Umgang, N 123 ff.

<sup>67</sup> Dazu oben Rz. 10.

---

<sup>68</sup> Zu den Zweckänderungen vgl. ALBERS, Umgang, N 128 f.; DIES., Habil., S. 511 ff.

<sup>69</sup> Art. 5 Abs. 4 KDSG BE; Beispiel nach ALBERS, Habil., S. 515 Fn. 595: «Wird eine Auskunftspflicht von einer Vorschrift begleitet, dass die Angaben nicht nachteilig verwendet werden, und lässt sich die Pflicht nur so rechtfertigen, wäre es widersprüchlich, eine Übermittlung der erhaltenen Angaben zu anderen Zwecken zuzulassen, im Rahmen derer eine nachteilige Verwendung erlaubt ist.»

<sup>70</sup> So etwa das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV); zu seinen Auswirkungen auf die Datenweitergabe siehe unten Rz. 90 ff.

<sup>71</sup> ALBERS, Habil., S. 504 und 513 f.

gang und dem Verwendungszweck bestehen muss.<sup>72</sup> Wird dabei nur verlangt, dass der jeweilige Bearbeitungsschritt zur Aufgabenerfüllung «erforderlich» bzw. «nötig» ist, muss man sich bewusst sein, dass solche unbestimmten Rechtsbegriffe mehr Frage als Antwort sind und den Abhängigkeitsgrad nicht präzise festlegen.<sup>73</sup> Gesetzgeber und Rechtsanwender sollten genauer bestimmen, welche Daten und Informationen eine staatliche Stelle im konkreten Fall benötigt, um eine Aufgabe vollständig und rechtmässig wahrnehmen zu können.<sup>74</sup>

[Rz 46] Dies zeigt, dass der verfassungsrechtliche Datenschutz nicht erst über den für die Datenschutzgesetze typischen Ansatz einer eigentlichen Regulierung der einzelnen Schritte bzw. Phasen der Datenbearbeitung verwirklicht wird (sog. «Phasenregulierung»)<sup>75</sup>. Vielmehr kann der Gesetzgeber schon auf einer früheren Stufe ansetzen, indem er durch klare und präzise Regelung der sachlichen Kompetenzen, der Verfahren und der Organisation der Verwaltung (auch) datenschutzrechtlichen Anliegen Rechnung trägt (sog. «Kontextsteuerung und -gestaltung»). Dasselbe gilt, wenn Anforderungen an informationstechnische Systeme festgelegt werden. Ein wichtiger Grundsatz mit Blick auf organisatorische und technische Massnahmen ist die Gewährleistung der Datensicherheit.<sup>76</sup>

[Rz 47] Diese vielfältigen Ansatzpunkte für einen verfassungskonformen Datenschutz verdeutlichen, weshalb es primär Sache des Gesetzgebers ist, die Anforderungen umzusetzen. Allerdings verliert Art. 13 Abs. 2 BV deswegen nicht seine Stellung als justiziables Grundrecht.<sup>77</sup> Das Recht auf Datenschutz weist sehr wohl einen unmittelbar anspruchsbegründenden Gehalt auf. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben sind nicht nur Leitlinien für den Gesetzgeber, sondern setzen justiziable Minimalstandards verfassungsmässiger Datenbearbeitung.

[Rz 48] Es verhält sich ähnlich wie bei den allgemeinen Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV.<sup>78</sup> Die Ansprüche des Einzelnen ergeben sich primär aus dem einfachen Gesetzesrecht, namentlich aus den allgemeinen Datenschutzgesetzen. Der Einzelne kann sich nur unmittelbar auf Art. 13 Abs. 2 BV berufen, wenn diese Regelungen elementaren Anforderungen des verfassungsrechtlichen Datenschutzes nicht entsprechen. Staatliches Bearbeiten von Personendaten muss sachgerecht und transparent gestaltet sein, individuelle Kenntnismöglichkeiten gewährleisten und adäquate

Einflussmöglichkeiten sicherstellen. Bei der Gewährleistung von Kenntnis- und Einflusschancen liegen subjektive Ansprüche auf der Hand und sind in der Bundesgerichtspraxis seit längerem anerkannt. Doch auch die Anforderungen an einen sachgerechten und transparenten Umgang mit Daten haben einen justiziablen Gehalt: Gerichte können im Einzelfall eingreifen, wenn die Datenflüsse unsachgerecht und intransparent ausgestaltet sind.

[Rz 49] Beispiel (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1D\_17/2007 vom 2. Juli 2008): Einbürgerungsverfahren. Nach Schweizer Recht setzt die Einbürgerung unter anderem voraus, dass der Bewerber einen «tadellosen Leumund» besitzt (§ 6 Abs. 2 BÜG-SZ). Der zuständige Gemeinderat zog zur Prüfung dieser Voraussetzung ein sog. «Schulleumundsregister» bei, d.h. eine Datensammlung, die Angaben zum Sozial- und Arbeitsverhalten eines Schülers enthält. Das Bundesgericht äusserte sich zur Zulässigkeit des Bezugs solcher Akten im Einbürgerungsverfahren (E. 4.4): «Gerade weil die gesetzlichen Kriterien für die Einbürgerung wenig präzise umschrieben sind, bedürfen die zuständigen Behörden hierfür detaillierter Angaben unterschiedlicher Natur über den Bewerber. Die Erhebung solcher Daten ist für die Durchführung des Einbürgerungsverfahrens unumgänglich und hat sich auf einen weiten Kreis von Informationen zu erstrecken (...)» Aus der *Unbestimmtheit* der Regelung eine weitgehend *unbegrenzte* Datenbearbeitung zuzulassen, widerspricht klar den Vorgaben von Art. 13 Abs. 2 BV.

[Rz 50] Es obliegt Lehre und Praxis, diese Minimalanforderungen näher zu umschreiben und damit Kriterien zulässiger Datenbearbeitung zu entwickeln – eine Aufgabe, die bis heute noch nicht angegangen worden ist und deren Lösung den Rahmen dieses Gutachtens bei weitem sprengen würde. Dies spricht jedoch nicht gegen die Justiziabilität dieser Minimalgarantien. Es stehen «genügend Kriterien *juristischer* Argumentation zur Verfügung»<sup>79</sup>, um die Grenzen zulässiger Datenbearbeitung im Einzelfall zu ziehen.

[Rz 51] Wichtige Anhaltspunkte zur Konkretisierung der Minimalanforderungen finden sich vor allem in den *Datenschutzgesetzen* von Bund und Kantonen sowie in Lehre und Praxis hierzu. Auch wenn ihnen nicht ohne weiteres Verfassungsmässigkeit unterstellt werden kann, konkretisieren sie über weite Strecken die Anforderungen des verfassungsrechtlichen Datenschutzes. Sie stellen eine allgemeine Grundordnung des staatlichen Umgangs mit Personendaten und -informationen auf (dazu unten Teil E).

## b) Einschränkung und Verletzung

[Rz 52] Das Grundrecht auf Datenschutz richtet sich primär

<sup>72</sup> ALBERS, Habil., S. 516 ff.

<sup>73</sup> ALBERS, Habil., S. 519.

<sup>74</sup> Formulierung von ALBERS, Umgang, N 132.

<sup>75</sup> Dazu umfassend ALBERS, Habil., S. 487 ff.

<sup>76</sup> Vgl. Art. 7 DSG («Datensicherheit») i.V.m. Art. 8 ff. VDSG; Art. 11 DSG («Zertifizierungsverfahren»); ALBERS, Umgang, N 105, die daneben noch die Grundsätze der Datenvermeidung und Datensparsamkeit erwähnt, allerdings nicht vorbehaltlos (N 106).

<sup>77</sup> ALBERS, Habil., S. 484 ff.

<sup>78</sup> BGE 134 I 159 E. 2.1.1 S. 161; 131 I 91 E. 3.1 S. 95; 126 I 19 E. 2a S. 21 f.

<sup>79</sup> MÜLLER, Soziale Grundrechte, S. 184 (Hervorhebung beigelegt): «Als justizierbar kann man ein Problem dann bezeichnen, wenn genügend Kriterien juristischer Argumentation zur Verfügung stehen, um es in optimal vertretbarer Weise zu lösen.»

an den Gesetzgeber und legt «Minimalstandards» fest, die im Organisations- und Verfahrensrecht zu beachten sind. Dies schliesst Ermessensspielräume bei der Umsetzung dieser Garantien nicht aus, bedeutet aber, dass die Regelung des staatlichen Umgangs mit Daten und Informationen qualifizierten Anforderungen unterliegt, die zumindest teilweise als Ausfluss von Art. 36 BV betrachtet werden können.<sup>80</sup>

[Rz 53] Welche Rechtsfolgen eine Verletzung von Art. 13 Abs. 2 BV nach sich zieht, ist noch nicht geklärt. Die Frage ist gerade mit Blick auf Verletzung des Anspruchs auf eine sachgerechte und transparente Datenbearbeitung besonders interessant. Als selbständige strukturelle Garantie ist Art. 13 Abs. 2 BV wohl «formeller Natur». Dies bedeutet, dass Verfügungen, die in einem Verfahren unter Verletzung der Minimalgarantien (!) von Art. 13 Abs. 2 BV ergangen sind, aufgehoben werden müssen, und zwar unabhängig davon, ob sich die verfassungswidrige Datenbearbeitung inhaltlich auf den Entscheid ausgewirkt hat.<sup>81</sup> Eine «Heilung» sollte ausgeschlossen sein. Das Verwaltungsverfahren ist zu wiederholen.

#### c) Vertiefung: Einwilligung des Betroffenen als Surrogat für die Strukturanforderungen nach Art. 13 Abs. 2 BV?

[Rz 54] Als praxisrelevantes Problem hat sich erwiesen, dass häufig eine Einwilligung der betroffenen Person eingeholt wird, um fast beliebig Daten bei verschiedenen Stellen erhältlich zu machen. Die Frage, inwiefern die Einwilligung der betroffenen Person Surrogat für eine sauber strukturierte Regelung i.S. von Art. 13 Abs. 2 BV sein kann, ist weitgehend ungeklärt und kann im Rahmen des Gutachtens nicht vertieft behandelt werden. Hinzuweisen ist vor allem auf die Gefahr, dass die strukturellen Anforderungen von Art. 13 Abs. 2 BV sowie die berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen ausgehöhlt werden, indem sie im Rahmen einer – zu weit verstandenen – verfahrensrechtlichen Mitwirkungspflicht gewissermassen zu einer solchen Einwilligung genötigt werden.

[Rz 55] Da wir die strukturellen Anforderungen an staatliches Handeln nicht über ein «Recht auf informationelle Selbstbestimmung» konstruieren, verliert die «Einwilligung» ihren zentralen Stellenwert.<sup>82</sup> Die Zulässigkeit staatlicher Datenbearbeitung richtet sich grundsätzlich *nicht* nach dem Willen des Betroffenen. Massgeblich ist stets, ob der staatliche Umgang mit Personendaten sachgerecht und transparent erfolgt. Dafür braucht es eine hinreichende gesetzliche Verknüpfung von Sachaufgabe und Befugnis zur Datenbearbeitung, auf die nicht unter Berufung auf eine «Einwilligung» des

Betroffenen verzichtet werden kann. Mit anderen Worten: Auch aufgrund einer Einwilligung dürfen nur solche Daten verarbeitet werden, die zur Aufgabenerfüllung geeignet und bestimmt (also zumindest nützlich) sind.<sup>83</sup>

[Rz 56] Auf die «strukturelle bzw. institutionelle Dimension/Ebene» des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, die in Art. 13 Abs. 2 BV verankert ist, kann nicht verzichtet werden. Es handelt sich primär um eine organisatorische bzw. institutionelle Garantie, bei der subjektiv-rechtliche Gehalte eindeutig im Hintergrund stehen.<sup>84</sup>

[Rz 57] In diesem Rahmen kann die Einwilligung des Betroffenen einer Behörde dazu dienen, Unklarheiten darüber zu beseitigen, ob eine Datenbearbeitung zur Aufgabenerfüllung «erforderlich» oder doch zumindest «nützlich» ist. Die Einwilligung darf aber stets nur begrenzt und ergänzend eingesetzt werden, um Zweifelsfälle zu klären. Wo unbestimmte Aufgabenumschreibungen eine klare gesetzliche Regelung der Befugnis zur Datenbearbeitung erfordern, vermag die Einwilligung des Betroffenen die Datenbearbeitung nicht eigenständig zu rechtfertigen.

[Rz 58] Die Einwilligung des Betroffenen kann ferner unter Umständen einen Eingriff in individualrechtliche Schutzgehalte der persönlichen Freiheit rechtfertigen.<sup>85</sup> Ist das Datenverkehrsrecht grundlegend gesetzlich geregelt, kann die Einwilligung unter Umständen als Rechtfertigung dazu dienen, besonders schützenswerte Daten zu erheben. Gerade beim Diskretionsschutz, der vielfach vor abstrakten Gefährdungen schützt, dürfte eine Einwilligung im konkreten Einzelfall grundsätzlich zulässig sein. Kompetenzgrenzen müssen allerdings gewahrt sein,<sup>86</sup> was im Datenschutzbereich in aller Regel kein Problem sein dürfte, da die Möglichkeit der Einwilligung in allgemeinen Datenschutzgesetzen formell-gesetzlich vorgesehen ist.

#### d) Exkurs: Art. 8 EMRK

[Rz 59] Aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK hat der EGMR Schutzpositionen mit Blick auf das staatliche Bearbeiten von Personendaten abgeleitet.<sup>87</sup> Ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Sinne der deutschen Praxis folgt daraus nicht.<sup>88</sup> Vielmehr lässt sich eine methodologische Parallele zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung ziehen: Beide Gerichte, der EGMR und das Bundesgericht, knüpfen den verfassungsrechtlichen Datenschutz an die Privatsphäre bzw. das Privatleben an und

<sup>80</sup> Vgl. SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 104.

<sup>81</sup> Vgl. zum rechtlichen Gehör: HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, N 839; SUTTER, VwVG-Kommentar, Art. 29 N 16.

<sup>82</sup> ALBERS, Habil., S. 475, 580 f.; DIES., Umgang, N 158.

<sup>83</sup> ROSSNAGEL/PFITZMANN/GARSTKA, Modernisierung, S. 74.

<sup>84</sup> ZIMMERLIN, Diss., N 487 und N 693.

<sup>85</sup> Zur Einwilligung des Betroffenen als Ersatz für eine gesetzliche Grundlage vgl. die kurze Einführung bei SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 70 ff. m.w.H.

<sup>86</sup> SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 72.

<sup>87</sup> Zu Art. 8 EMRK vgl. ALBERS, Habil., S. 288 ff.; DIES., Umgang, N 44.

<sup>88</sup> ALBERS, Habil., S. 297.



entwickeln fallbezogen einzelne Schutzpositionen.<sup>89</sup> Damit verzichten sie auf die Konstruktion eines *eigenständigen* Grundrechts und damit auf einen Weg, wie ihn das BVerfG gewählt hat. Auf die Praxis des EGMR wird nachfolgend nicht näher eingegangen, auch wenn es möglich ist, dass Art. 8 EMRK in Einzelfällen ein höheres Schutzniveau gewährleistet als Art. 13 Abs. 2 BV.

### 3. Individualrechtliche Ebene des verfassungsrechtlichen Persönlichkeits-schutzes (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 1 BV)

[Rz 60]

#### Art. 10 Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit

<sup>1</sup> Jeder Mensch hat das Recht auf Leben. Die Todesstrafe ist verboten.

<sup>2</sup> Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit.

<sup>3</sup> Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung sind verboten.

#### Art. 13 Schutz der Privatsphäre

<sup>1</sup> Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

<sup>2</sup> Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.

#### a) Teilgehalte / Schutzobjekte des Persönlichkeits-schutzes

[Rz 61] Beim verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz gibt es viele offene Fragen.<sup>90</sup> Lehre und Praxis bemühen sich zwar, die einzelnen Teilgehalte des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes voneinander abzugrenzen, doch ist dies bis heute nicht überzeugend gelungen. Man will sich angesichts der «Hypertrophie der Grundrechtsgarantien»<sup>91</sup> in diesem Bereich nicht in Abgrenzungsfragen verlieren, sondern den Blick aufs Ganze bewahren. Folge davon ist, dass der Schutzbereich des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes ausfranst. Die Verfassungsrevision 1999 hat die Rechtslage alles andere als geklärt. Persönliche Freiheit

und Schutz der Privatsphäre wurden in zwei verschiedenen Artikeln, Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 BV, mit überlappenden Schutzbereichen verankert.<sup>92</sup>

[Rz 62] Die begrifflichen Unschärfen und dogmatischen Unsicherheiten treten im schillernden Begriff der «Privatsphäre» deutlich hervor.<sup>93</sup> Die «Privatsphäre» hat keinen festen Platz im Gefüge des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, sondern changiert zwischen verschiedenen Bedeutungsinhalten, die sich wechselseitig ausschliessen.

#### (1) «Privatsphäre» als Schutz privater Sphären (Art. 13 Abs. 1 BV)

[Rz 63] Blickt man auf den Verfassungstext, ist der Schutz der Privatsphäre mit Art. 13 BV in einem eigenständigen Grundrecht verankert. Der Verfassungsgeber hat sich bei der Formulierung dieser Bestimmung bewusst an Art. 8 EMRK angelehnt und die Schutzbereiche aufeinander abgestimmt, so dass die beiden Garantien einander inhaltlich entsprechen.<sup>94</sup> Dabei ist zu beachten, dass Art. 8 EMRK nach der Praxis der Konventionsorgane einen Schutzbereich aufweist, der in der Schweiz traditionellerweise über die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) abgedeckt ist: der Schutz elementarer Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung, kurz: der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz.<sup>95</sup>

[Rz 64] Missachtet man diese schweizerische Eigenheit und orientiert sich bei der Auslegung von Art. 13 BV zu stark an Art. 8 EMRK, führt dies in der Tat zu einem «Übermass» an Grundrechtsschutz.<sup>96</sup> Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 BV schützen dann je für sich die Persönlichkeit des Einzelnen in ihren wesentlichen Erscheinungsformen. Will man solch redundante Grundrechtsgewährleistungen vermeiden, kommt man nicht umhin, Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 BV klar voneinander abzugrenzen.

[Rz 65] Das Bundesgericht sieht dies wohl ebenso, hatte bis heute jedoch noch keine Gelegenheit, sich vertieft mit der Abgrenzung der beiden Garantien zu befassen. Es hat nur in allgemeiner Weise festgehalten, «dass die persönliche Freiheit in unmittelbarer Weise die Integrität des Menschen in ihren verschiedenen Erscheinungsformen betrifft als der Schutz der Privatsphäre mit ihren spezifischen

<sup>89</sup> Zur Praxis des EGMR: ALBERS, Umgang, N 44.

<sup>90</sup> Zum verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz vgl. z.B. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 39 ff.; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 10 N 1 ff.

<sup>91</sup> BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 10 N 17.

<sup>92</sup> Zu dieser Problematik statt vieler MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 138 ff., m.w.H.

<sup>93</sup> Vgl. dazu AEBI-MÜLLER, Habil., N 489 ff., die drei «Dimensionen der Privatheit» unterscheidet: (1) Privatheit als Zurverfügungstellen von Zufluchtsräumen und Anspruch auf Ruhe; (2) Privatheit als dezisionale Autonomie; (3) Privatheit als Diskretionsinteresse einer Person (informationelle Privatheit).

<sup>94</sup> BREITENMOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 13 N 2.

<sup>95</sup> BGE 127 I 6 E. 5a S. 12; 133 I 58 E. 6.1 S. 66.

<sup>96</sup> So aber BREITENMOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 13 N 1 ff.; zu Recht anders die h.L. und Praxis, vgl. die Hinweise bei MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 139.



Bedrohungsformen.»<sup>97</sup> Art. 13 BV schützt demnach «in besonderer Weise die verschiedensten Aspekte umfassende Privatsphäre mit ihren spezifischen Bedrohungsformen».<sup>98</sup> Der Privatsphärenbegriff wirft jedoch mehr Fragen auf, als er beantwortet.

[Rz 66] Versuche, Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 BV klar voneinander abzugrenzen, drohen daran zu scheitern, dass Art. 13 BV unter der Marginalie «Privatsphäre» verschiedene, je selbständige Schutzgehalte zusammenfasst, deren einziges verbindendes Element der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz ist. Der Begriff der Privatsphäre ist insofern irreführend, als er dazu verleitet, die verbindende Bande dieser Schutzgehalte im Schutz der Privatsphäre zu suchen. Dabei ist «Privatsphäre» hier ein Synonym für «Persönlichkeitsschutz».

[Rz 67] Einer der Teilgehalte von Art. 13 BV lässt sich dagegen treffend mit «Privatsphäre» bezeichnen: das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 13 Abs. 1 BV. Nach dem plausiblen Ansatz von Müller/Schefer<sup>99</sup> ist diese Garantie im Sinne eines Rechts, «allein gelassen zu werden», auszulegen und schützt davor, dass der Staat in «private Sphären», d.h. in Räume und Bereiche privater Lebensgestaltung eingreift. Entscheidend ist die Frage danach, wann eine Person solche «privaten Sphären» beanspruchen und mit Vertraulichkeit rechnen darf («reasonable expectation of privacy»).<sup>100</sup> Einige traditionelle Beispiele für entsprechende Freiheitsbereiche sind in Art. 13 Abs. 1 BV als verselbständigte Schutzgehalte aufgeführt: die Wohnung sowie der Brief-, Post- und Fernmeldeverkehr. Heutzutage fallen auch «virtuelle Räume» und der «digitale Fernmeldeverkehr» unter den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 BV.<sup>101</sup>

[Rz 68] Im Grundsatz sind sich Lehre und Praxis hier einig, im Einzelnen bestehen allerdings noch viele offene (Wertungs-) Fragen. Angesprochen sind vielfältige Themen, etwa der Schutz des E-Mail-Verkehrs, die Frage nach privaten Räumen im Internet (z.B. Facebook) oder der Schutz von Computern und anderen informationstechnischen Systemen vor Online-Durchsuchungen des Staates. Auf diese Themen braucht hier nicht eingegangen zu werden. Eine besondere Diskussion ist darüber entbrannt, ob es auch in öffentlichen (reellen und virtuellen) Räumen (z.B. öffentliche Plätze, Internet), ein Recht auf Privatsphäre gibt. Entscheidend dürfte auch hier sein, ob mit Vertraulichkeit gerechnet werden darf (Wertungsfrage).<sup>102</sup> Zwischen einer lauschigen Parkbank und einer belebten Einkaufsstrasse liegen Vertraulichkeitsswelten.

[Rz 69] Der Schutz der so verstandenen Privatsphäre folgt

der Überzeugung, dass die Gewährleistung «privater Sphären» elementar ist, damit der Einzelne seine Persönlichkeit entfalten kann. Die Privatsphäre knüpft dabei nicht an eine bestimmte Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung an, sondern gewährleistet eine elementare Voraussetzung hiervon. Mit anderen Worten: Der Schutz setzt bereits auf einer Vorstufe der eigentlichen Persönlichkeitsentfaltung an. Diese ist stark gefährdet, wenn dem Einzelnen keine privaten Sphären gelassen werden, in denen er sich ungehindert entfalten kann. Das hat zur Folge, dass es für die Eröffnung des Schutzbereichs irrelevant ist, wie sich der Grundrechtsträger in diesen privaten Sphären verhält. Ist etwa die Wohnung als privater Raum geschützt, erübrigt und verbietet sich die Frage, was der Einzelne in seiner Wohnung genau tut. Eben dies geht den Staat nichts an.

[Rz 70] Das darf nun aber nicht zum (Fehl-)Schluss führen, dass der Schutz privater Sphären auf sämtliche Daten und Informationen aus diesen Sphären auszudehnen ist. Es handelt sich hier um ein anderes Schutzgut. Eine Gleichsetzung von «Privatsphäre» und sie betreffende Daten und Informationen wäre ein grundlegender Kategorienfehler. So wenig wie Daten und Informationen über den Körper die körperliche Integrität und solche über den Geisteszustand die psychische Integrität berühren, verletzen Daten aus der Privatsphäre die Privatsphäre im hier verstandenen Sinne. Das bedeutet – um diesem Missverständnis sogleich vorzubeugen – in keiner Weise, dass diese Daten und Informationen nicht anderweitig verfassungsrechtlich geschützt sind. Doch handelt es sich hierbei um ein eigenes Schutzobjekt: den Schutz der Vertraulichkeit personenbezogener Daten und Informationen (dazu sogleich).

## (2) «Privatsphäre» als Vertraulichkeitsschutz (Art. 10 Abs. 2 BV)

[Rz 71] Der Schutz der Vertraulichkeit bzw. Diskretion bestimmter personenbezogener Daten und Informationen ist klassisches Schutzgut des privat- wie öffentlich-rechtlichen Persönlichkeitsschutzes. Verfassungsrechtlich ist dieses Schutzobjekt ein Teilgehalt der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV, sofern Vertraulichkeits- und Diskretionsinteressen nicht über spezielle Grundrechtsgarantien gewährleistet werden (z.B. über Art. 12 BV oder über Art. 27 BV).

[Rz 72] Lehre und Praxis verwenden für diesen Teilgehalt des Persönlichkeitsschutzes traditionellerweise ebenfalls den Begriff der «Privatsphäre». Dies wird jedoch in jüngerer Zeit zu Recht kritisiert. Der Privatsphärenbegriff ist hier unpassend. Die neuere privatrechtliche Lehre spricht deshalb vom Schutz «informationeller Privatheit» (AEBI-MÜLLER). Dies bringt besser zum Ausdruck, dass es nicht um den Schutz bestimmter Sphären, sondern um die Wahrung der Vertraulichkeits- bzw. Diskretionsinteressen des Einzelnen geht. Vertraulichkeit bedeutet Geheimhaltung und somit Nicht-Information.

<sup>97</sup> BGE 127 I 6 E. 5a S. 13.

<sup>98</sup> BGE 133 I 77 E. 3.2 S. 80 f.

<sup>99</sup> Müller/Schefer, Grundrechte, S. 139 f., S. 140.

<sup>100</sup> MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, S. 188 und 205.

<sup>101</sup> MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, S. 203 ff.

<sup>102</sup> BREITENMOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 13 N 12 ff.

[Rz 73] Die Dogmatik zum privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz der Art. 27 und 28 ff. ZGB bietet dabei wertvolle Hinweise, wie sich dieses unbestimmte Schutzgut der Vertraulichkeit (oder eben: der informationellen Privatheit) konkretisieren liesse.<sup>103</sup> Der Schutz der Vertraulichkeit ist neben dem Ehrenschaft ein Aspekt des Schutzes der «sozialen Persönlichkeit».<sup>104</sup> Darunter fallen etwa Sachverhalte, in denen der Einzelne durch die staatliche Veröffentlichung *zutreffender* Angaben in seinem sozialen und/oder ökonomischen Ansehen beeinträchtigt wird, z.B. die Veröffentlichung der Namen fruchtlos gepfändeter Schuldner<sup>105</sup> oder die Veröffentlichung der Namen und Adressen von Sexualstraftätern im Internet.<sup>106</sup>

[Rz 74] Nicht an allen personenbezogenen Daten besteht ein Recht auf Nicht-Information bzw. Unterlassen von Information – darüber dürfte Einigkeit bestehen. Nach herrschender Umschreibung müssen sie aus der Privat- bzw. Geheimsphäre stammen, müssen also eine qualifizierte Persönlichkeitsnähe aufweisen. Dabei ist zu beachten, dass auch der Schutz des Interesses an Vertraulichkeit informationsorientiert, nicht verhaltensbezogen konzipiert ist, wie schon der Begriff *informationelle* Privatheit klarstellt. Es geht um den Schutz des Interesses an Nicht-Information.

[Rz 75] Ein Bedürfnis nach Schutz der Nicht-Information (= Diskretion) entsteht dann, wenn die Daten- bzw. Informationsbearbeitung dem Betroffenen zum Nachteil gereichen könnten und diese Nachteile als so gravierend einzustufen sind, dass die Daten- bzw. Informationsbearbeitung den Einzelnen in seiner freien Persönlichkeitsentfaltung erheblich beeinträchtigt (LGVE 1991 III 14). Die erwähnten «Nachteile» können sehr vielfältig sein, namentlich in einer Beeinträchtigung des sozialen Ansehens oder des «guten Rufs» liegen, sich aber auch auf berufliche Erschwernisse, finanzielle Einbussen und vieles mehr beziehen. Darin äussert sich eine (Wertungs-)Offenheit, die kennzeichnend ist für die persönliche Freiheit und ihrem Charakter als Auffanggrundrecht entspricht.

[Rz 76] Ob der staatliche Umgang mit personenbezogenen Daten und Informationen das Diskretionsinteresse berührt, lässt sich vielfach nur kontextbezogen sagen. Als Grundsatz gilt, dass jedes noch so «harmlose» personenbezogene Datum in bestimmten Verwendungszusammenhängen alleine oder im Verbund mit anderen Daten erhebliche Nachteile zeitigen kann. Hier tritt die «Sozialgebundenheit»<sup>107</sup> menschlicher Existenz im Allgemeinen und von Kommunikation im Besonderen deutlich hervor.<sup>108</sup> Ob etwa der Name und die

Adresse einer natürlichen Person schützenswert sind, hängt davon ab, in welchem Kontext sie verwendet werden.

[Rz 77] Und dennoch gibt es bestimmte «Informationsinhalte», die unabhängig vom Verwendungskontext heikel erscheinen.<sup>109</sup> Dazu gehören etwa (bestimmte) Gesundheitsdaten<sup>110</sup>, Daten über die Intimsphäre, «genetische Daten», aber auch Daten über den Sozialhilfebezug<sup>111</sup>. Ihre Bearbeitung lässt entweder konkrete Nachteile mit hoher Wahrscheinlichkeit befürchten oder führt zu (zurzeit) unüberblickbaren Risiken, die man vermeiden möchte. Welche Daten diese Nachteile oder Risiken in sich bergen, ist primär Wertungsentscheid. Anhaltspunkte finden sich in den Katalogen besonders schützenswerter Daten in den allgemeinen Datenschutzgesetzen.

### (3) «Privatsphäre» und Art. 13 Abs. 2 BV

[Rz 78] Art. 13 Abs. 2 BV lässt sich nun in den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz einordnen. Anders als es Wortlaut und Systematik nahe legen, ist das Recht auf Datenschutz nicht Bestandteil des Rechts auf Schutz der Privatsphäre. Es geht weder um den Schutz «privater Sphären», der über Art. 13 Abs. 1 BV gewährleistet wird, noch um den Schutz der informationellen Privatheit, der unter Art. 10 Abs. 2 BV zu subsumieren ist. Vielmehr schützt Art. 13 Abs. 2 BV nach der hier vertretenen Auffassung eine «strukturelle» oder «institutionelle» Dimension des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. Unter den Bedingungen moderner Informations- und Kommunikationstechnologien begründet bereits die staatliche Daten- und Informationsbearbeitung als solche einen eigenständigen Schutzbedarf, der es erforderlich macht, Schutzpositionen mit Bezug auf das formelle Recht, d.h. mit Bezug auf das Organisations- und Verfahrensrecht, zu formulieren.

#### b) Hinweis: Methode und Modus der Datenbearbeitung

[Rz 79] Auch die bei der Datenbearbeitung eingesetzten (technischen) Methoden und der Modus der Datenbearbei-

---

Schutzpositionen in und nicht vor der Gemeinschaft entwickelt werden; vgl. dazu ALBERS, Umgang, N 72 S. 148. Welche Konsequenzen daraus für eine allgemeine Grundrechtsdogmatik zu ziehen wären, kann hier offen bleiben; vgl. ALBERS, Grundrechtsbeeinträchtigungen, S. 237 ff.

<sup>109</sup> ALBERS, Umgang, N 72; DIES., Habil., S. 593 ff.; vgl. auch die Kataloge «besonders schützenswerter Daten» in den Datenschutzgesetzen, z.B. Art. 3 KDSG BE; Art. 3 lit. c DSG.

<sup>110</sup> Beispiel: Urteil des EGMR vom 27. August 1997 (M.S./Schweden), Reports 1997-IV, Rz. 35, i.c. enthielten die Gesundheitsdaten u.a. Angaben zu einer Abtreibung.

<sup>111</sup> Nicht darunter fallen nach Lehre und Praxis Angaben über die Höhe des Einkommens und des Vermögens, was eine persönlichkeitsverletzende Verwendung solcher Daten freilich nicht ausschliesst, vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_462/2008 vom 20. März 2009, E. 3.2; BGE 124 I 176 E. 5/c/cc S. 179; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 171. Der Schutz vor falscher, unvollständiger oder verzerrender Verwendung von Personendaten wird über Art. 13 Abs. 2 BV gewährleistet.

<sup>103</sup> SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, Art. 10 N 3 f.

<sup>104</sup> Vgl. etwa HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, N 12.84 ff.

<sup>105</sup> BGE 107 Ia 52.

<sup>106</sup> Beispiele von MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 142.

<sup>107</sup> Formulierung von AEBI-MÜLLER, Habil., N 609.

<sup>108</sup> Entsprechend müssen (subjektiv-rechtliche) Ansprüche des Einzelnen als

tung können in vielfacher Hinsicht grundrechtsrelevant sein.<sup>112</sup> Bekanntes Beispiel sind etwa Videoüberwachungen öffentlicher Räume<sup>113</sup> oder strafprozessuale Zwangsmassnahmen. Ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit muss eigenständig geprüft werden.<sup>114</sup> Die bei der Bearbeitung eingesetzten Methoden und Modi sind unabhängig von den mit ihnen gewonnenen Daten zu problematisieren.<sup>115</sup>

[Rz 80] Betrachtet man beispielsweise die in jüngerer Zeit häufig diskutierten Videoüberwachungen öffentlicher Räume durch den Staat, ist neben speziellen Grundrechtsgarantien<sup>116</sup> auch Art. 13 Abs. 2 BV tangiert, da zulässige Formen staatlichen Handelns und damit formell-rechtliche Fragen zu prüfen sind. Die Beschaffung von Personendaten muss grundsätzlich transparent erfolgen, d.h. für die betroffene Person erkennbar sein (vgl. Art. 4 Abs. 4 DSGVO). Des Weiteren stellt Art. 13 Abs. 2 BV strenge Anforderungen an die weiteren Bearbeitungsschritte. So ist etwa eine Datenbeschaffung zu unbestimmten Zwecken, sozusagen «auf Vorrat», vor Art. 13 Abs. 2 BV nicht haltbar.

### c) Einschränkungen

[Rz 81] Ansprüche aus Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 1 BV können unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden. Der Grundrechtseingriff muss gesetzlich vorgesehen sein, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.

[Rz 82] Eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage nach Art. 36 Abs. 1 BV liegt nur dann vor, wenn der Gesetzgeber hinreichende Aufgaben-Befugnis-Zusammenhänge (sog. «Kompetenzen») festlegt, d.h. mit den Befugnissen zu den Grundrechtseingriffen auch die Aufgaben vorgibt und jene diesen zuordnet.<sup>117</sup> Die staatlichen Behörden dürfen die Befugnisse nur und genau so einsetzen, wie dies dem vom Gesetzgeber hergestellten Zusammenhang mit den Aufgaben entspricht.<sup>118</sup>

[Rz 83] Im Datenschutzbereich trifft man häufig gesetzgeberische Formulierungen an, die das Erfordernis eines hinreichenden Aufgaben-Befugnis-Zusammenhangs zu unterlau-

fen drohen. Datenschutz- wie auch Spezialgesetze enthalten Klauseln, in denen das Bearbeiten von Personendaten erlaubt wird, sofern es «der Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe dient».<sup>119</sup> Der Gesetzgeber verzichtet damit darauf, einen *bestimmten* Aufgaben-Befugnis-Zusammenhang herzustellen, sondern verlangt nur, dass ein solcher überhaupt vorliegt. Solche Blankettklauseln mögen mit Blick auf die formellen Anforderungen des Art. 13 Abs. 2 BV ihre Berechtigung haben, bei der Einschränkung materieller Garantien sind sie jedoch äusserst heikel, da sie in aller Regel dem Bestimmtheitsgebot des Art. 36 Abs. 1 BV widersprechen. Sie vermögen Grundrechtseingriffe nur unter restriktiven Voraussetzungen zu rechtfertigen.

[Rz 84] Was den staatlichen Umgang mit personenbezogenen Daten und Informationen betrifft, können sich aus Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 12 KV BE materielle Schranken für den zwischenbehördlichen Daten- und Informationsaustausch ergeben. Es ist stets darauf zu achten, dass nicht nur die übermittelnde, sondern auch empfangende Behörde über eine genügend gesetzliche Grundlage verfügt, um die in Frage stehenden Daten zu bearbeiten. Dabei sind neben der Grundrechtsrelevanz der Daten als solcher, z.B. materieller Geheimnisse, auch die Methoden und Modi zu berücksichtigen, mit denen die übermittelnde Behörde die Daten erhoben hat. So dürfen etwa Daten, die Polizeibehörden bei Erfüllung ihrer Aufgaben mit einer Videoüberwachung gewonnen haben, grundsätzlich nur an andere staatliche Stellen weitergegeben werden, die ebenfalls befugt sind, eine solche Methode zur Datenbearbeitung einzusetzen.

### d) Exkurs: Grundrecht auf Computerschutz

[Rz 85] Mit Urteil vom 27. Februar 2008<sup>120</sup> hat das BVerfG den Grundrechtsschutz den modernen Informationstechnologien angepasst und ein «Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme», kurz Grundrecht auf Computerschutz, anerkannt. Im vorgelegten Fall ging es um eine Gesetzesvorlage zur Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für das heimliche Zugreifen staatlicher Behörden auf informationstechnische Systeme (z.B. Computer, Blackberry), etwa mit Hilfe von sog. Trojanern. Das BVerfG stufte derartige Zugriffe als so gewichtig für die Persönlichkeit der Betroffenen ein, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung keinen genügenden Schutz gewährleisten könne. Da auch über andere anerkannte Grundrechtsgarantien kein adäquates Schutzniveau gewährleistet werde, schuf das Gericht das Grundrecht auf Computerschutz. In den Worten des BVerfG ist es «anzuwenden, wenn die Eingriffsermächtigung Systeme erfasst, die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang

<sup>112</sup> ALBERS, Habil., S. 441 ff.

<sup>113</sup> Z.B. BGE 133 I 77 ff.; FLÜCKIGER/AUER, vidéosurveillance, S. 931 ff.

<sup>114</sup> ALBERS, Habil., S. 442.

<sup>115</sup> Problematisch daher BGE 132 V 241 E. 2.5.1 S. 242, der der SUVA erlaubte, Erkenntnisse aus einer Observation durch einen Privatdetektiv als Beweismittel zu verwerten und sich dabei einzig auf Art. 43 Abs. 1 ATSG (Untersuchungsgrundsatz ohne Einschränkung der Beweismittel) und Art. 96 lit. b UVG (allgemeine Befugnis zur Datenbearbeitung) stützte; zu begrüssen ist, dass im Rahmen der UVG-Revision mit Art. 44a E-ATSG eine klare gesetzliche Grundlage geschaffen werden soll, dazu GÄCHTER/SIKI, Entwicklungen, S. 29.

<sup>116</sup> Z.B. der Versammlungs- und Meinungsfreiheit beim Filmen von Demonstrationen.

<sup>117</sup> SCHLINK, Habil., S. 108, 148.

<sup>118</sup> SCHLINK, Habil., S. 108 (wörtlich).

<sup>119</sup> Z.B. Art. 5 Abs. 1 KDSG BE.

<sup>120</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27. Februar 2008; dazu KUTSCHA, Computerdaten, passim.

und in einer Vielfalt enthalten können, dass ein Zugriff auf das System es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten.»<sup>121</sup>

[Rz 86] Ein Teil der Schweizer Lehre plädiert bereits für eine Übernahme des Grundrechts auf Computerschutz in das Schweizer Recht.<sup>122</sup> Unseres Erachtens wäre allerdings vertieft zu prüfen, ob dieses Grundrecht auf «Schutz der digitalen Privatsphäre»<sup>123</sup> nicht bereits über Art. 13 Abs. 1 BV erfasst ist.<sup>124</sup> Letztlich geht es um ein zeitgemässes, den modernen Informationstechnologien angepasstes «right to privacy», d.h. um Gewährleistung eines von äusseren Eingriffen geschützten Bereichs individueller Persönlichkeitsentfaltung.<sup>125</sup> Informationstechnische Systeme gehören zum Raum, der frei von staatlicher Einflussnahme sein soll.

#### 4. Abgrenzung: Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)

##### Art. 29 Allgemeine Verfahrensgarantien

<sup>1</sup> Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.

<sup>2</sup> Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.

<sup>3</sup> Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

[Rz 87] Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistet den Anspruch auf rechtliches Gehör. Als elementarer Aspekt der Verfahrensfairness dient das rechtliche Gehör einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes

Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar.<sup>126</sup> Das Recht, in einem Verfahren angehört zu werden, weist verschiedene Teilgehalte auf, die mitunter eine ähnliche Stossrichtung verfolgen wie die Vorgaben des verfassungsrechtlichen Datenschutzes. Die Ansprüche überschneiden sich insofern, als sie beide eine transparente Informations- und Datenbearbeitung in einem (Verwaltungs-)Verfahren fordern und dem Einzelnen Kenntnismöglichkeiten und Einflusschancen gewährleisten.<sup>127</sup>

[Rz 88] Ob dieser Ähnlichkeiten dürfen jedoch die Unterschiede nicht vernachlässigt werden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör vermag staatliche Daten- und Informationsbearbeitung nicht hinreichend zu *begrenzen*.<sup>128</sup> Als fundamentaler Grundsatz des Verfahrensrechts regelt er, *wie* Daten und Informationen in einem Verfahren zu bearbeiten sind, nicht aber, *welche* Daten und Informationen bearbeitet werden. Der verfassungsrechtliche Datenschutz fordert als zentrales Element, dass der Verwendungszweck staatlichen Umgangs mit Daten festgelegt und somit begrenzt wird. Nur so lässt sich der Wissens- und Handlungskontext bestimmen und dadurch abschätzen, welche Informationen aus den Daten gewonnen werden.

[Rz 89] Verfahrensordnungen vermögen zwar den Verwendungszweck mitunter hinreichend präzise festzulegen. So lassen sich auch die Ausschlussklauseln in den Datenschutzgesetzen erklären. Dies ist jedoch nicht Folge des Anspruchs auf rechtliches Gehör, sondern Folge von Verfahrensvorschriften, die den staatlichen Daten- und Informationsbedarf dadurch beschränken, dass es nicht (oder nur mehr in engen Grenzen) im Belieben der Behörden steht, welche Daten sie in einem Verfahren beiziehen (dazu unten N 239 ff.).

#### 5. Besondere Garantie: Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)

[Rz 90]

##### Art. 12 Recht auf Hilfe in Notlagen

Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.

[Rz 91] Als soziales Grund- und Menschenrecht verleiht Art. 12 BV jeder natürlichen Person ein justiziables Recht auf

<sup>121</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27. Februar 2008, Rz. 203.

<sup>122</sup> TSCHENTSCHER, Computerschutz, insb. S. 391 ff., der dafür plädiert, das Grundrecht auf Computerschutz «als eigenständige Schutzrichtung des Auffanggrundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)» anzuerkennen (S. 393); WEBER, Vertraulichkeit, insb. S. 95 ff., der das Grundrecht auf Computerschutz in Art. 13 Abs. 2 BV verankert (S. 97).

<sup>123</sup> KUTSCHA, Computerdaten, S. 1044.

<sup>124</sup> So auch MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, S. 206 f.; Das BVerfG verneint dies für das deutsche Recht, welches das Recht auf Privatsphäre über das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet; vgl. BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27. Februar 2008, 197. Das Schutzbedürfnis des Nutzers eines informationstechnischen Systems beschränke sich nicht allein auf Daten, die seiner Privatsphäre zuzuordnen seien. Wohl wahr. Nur setzt das Grundrecht auf Computerschutz bereits eine Stufe früher an: Es schützt vor staatlichen Zugriffen auf Systeme, die Personendaten in solcher Vielzahl und Vielfalt enthalten können, dass die Privatsphäre tangiert ist.

<sup>125</sup> Zum Gehalt von Art. 13 Abs. 1 BV vgl. z.B. MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, S. 139 f.

<sup>126</sup> BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 29 N 17, m.w.H.

<sup>127</sup> Es erscheint dagegen problematisch, den Anspruch auf transparente Datenbearbeitung umfassend in Art. 29 Abs. 2 BV verankern zu wollen, da das rechtliche Gehör nach der herrschenden Lehre ein Anspruch *im* Verfahren ist und keinen Anspruch *auf* Verfahren verleiht. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formelle Garantie in einem förmlichen Verfahren, vgl. ALBERTINI, Diss., S. 83, 115, 171, 173 und 186; a.M. SCHREFFER, Diss., S. 175 ff.

<sup>128</sup> Es geht um weit mehr als eine transparente Ordnung der Daten- und Informationsflüsse.



staatliche Leistung in Form eines verschuldensunabhängigen Anspruchs auf staatliche Hilfe in Notlagen. Eine Notlage liegt insbesondere dann vor, wenn eine Person nicht (mehr) über diejenigen Mittel verfügt, die für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar sind.<sup>129</sup> Das Grundrecht garantiert «nur, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag».<sup>130</sup> Not- und Sozialhilfe sind klar zu unterscheiden.<sup>131</sup> Art. 12 BV gewährt nicht einen Anspruch auf Sozialhilfe, sondern auf Überbrückungs- bzw. Überlebenshilfe. Diese umfasst die unerlässlichen Mittel in Form von Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinischer Grundversorgung. Schutzbereich und Kerngehalt fallen zusammen.<sup>132</sup> Der «letzte Rettungsanker»<sup>133</sup> steht allen Menschen unbedingt zu.

[Rz 92] In Not befindet sich nur, wer nicht konkret und aktuell in der Lage ist, die Notlage *anderweitig* aus eigener Kraft oder mit fremder Hilfe abzuwenden, etwa durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit (Subsidiaritätsprinzip).<sup>134</sup> Die Subsidiarität staatlicher Nothilfe berührt allerdings nicht deren unbedingten Charakter. Die Nothilfe muss nicht durch die Erfüllung von Kooperations- oder anderweitigen Rechtspflichten «verdient» werden, sondern ist unmittelbarer Ausfluss der Menschenwürde.<sup>135</sup> Mit anderen Worten: Die Überlebenshilfe wird nicht nur «anständigen und rechtschaffenen» Menschen gewährt, sondern auch Menschen, deren Verhalten provokativ erscheint, Anstoss erregt oder rechtswidrig ist.<sup>136</sup> Eine rechtliche oder tatsächliche Verknüpfung der Leistung von Nothilfe mit der Erfüllung anderweitiger rechtlicher oder gar ausserrechtlicher (sittlicher) Erwartungen ist unzulässig.<sup>137</sup>

[Rz 93] Für die Wirksamkeit des Anspruchs auf Nothilfe ist deshalb entscheidend, wie sich die staatliche Tätigkeit auf den Anspruch auf Nothilfe *auswirkt*.<sup>138</sup> Eine solche wirkungs- bzw. folgenorientierte Betrachtungsweise weitet das Blickfeld, birgt aber auch neue und schwierige Abgrenzungsfragen.<sup>139</sup> Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich etwa die

Frage, ob «abschreckende Wirkungen», die ein (möglicher) Datenaustausch zwischen Sozial- und Migrationsbehörde auf die Geltendmachung der Ansprüche nach Art. 12 BV haben kann, den Schutzbereich von Art. 12 BV berühren. Setzt sich der Staat in Widerspruch zum bedingungslosen Anspruch auf Nothilfe, wenn er ihn verfahrens-, organisations- und/oder materiell-rechtlich so ausgestaltet, dass gewisse Personen sich davor scheuen, ihn geltend zu machen? Oder darf der Staat solche Wirkungen in Kauf nehmen, um die (einfachgesetzliche) Rechtsordnung durchzusetzen, etwa um Personen, die sich illegal in der Schweiz aufhalten (sog. «sans-papiers»), auszuschaffen?

[Rz 94] Der (justiziable) Schutzbereich von Art. 12 BV ist u.E. nur (aber immerhin) dann berührt, wenn im konkreten Fall eine hohe Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Rechts auf Nothilfe besteht. Ein besonderes Augenmerk ist darauf zu richten, dass jedermann, ob rechtschaffen oder nicht, die Nothilfe tatsächlich in Anspruch nehmen kann. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Es ist nicht Sache des Richters, eine abstrakte Folgenabschätzung vorzunehmen. Dazu ist er auch gar nicht in der Lage. Dies schliesst gewisse Verallgemeinerungen nicht aus. Sie werden jedoch stets klare, stossende Fälle betreffen. Im Übrigen ist der Gesetzgeber gehalten, die Rechtsordnung grundrechtskonform auszugestalten.

[Rz 95] Relativ leicht zu beurteilen sind die Fälle, in denen die Behörden die Nothilfe nur unter Bedingungen und Auflagen gewähren, indem sie die Nothilfe *rechtlich* mit der Erfüllung ausländerrechtlicher Kooperationspflichten verknüpfen.<sup>140</sup> Das ist ohne weiteres unzulässig, da die Ausrichtung von Überlebenshilfe nicht «unter Bedingung gestellt» werden darf. Einer solchen «Bedingtheit» entspricht in ihren Wirkungen eine Behördenorganisation, bei welcher der Anspruch auf Überlebenshilfe nur und ausschliesslich bei einer Stelle geltend gemacht werden muss, die zugleich für ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen zuständig ist.<sup>141</sup>

[Rz 96] Staatliche Daten- und Informationsflüsse müssen sodann ebenfalls mit Art. 12 BV vereinbar sein. So ist der Schutzbereich von Art. 12 BV tangiert, wenn eine Nothilfe ausrichtende Behörde in einem konkreten Fall Daten über einen Gesuchsteller (und sei es «nur» die Anschrift!) an die Polizei- oder Ausländerbehörden weiterleitet, damit diese eine angeordnete Wegweisung vollstrecken können.

<sup>129</sup> WALDMANN, Nothilfe, S. 351; MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, S. 767.

<sup>130</sup> BGE 131 I 166 E. 3.1 S. 172.

<sup>131</sup> MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, S. 777; UEBERSAX, Rechtsprechung, S. 58 (Übersicht).

<sup>132</sup> BGE 131 I 166 E. 3.1 S. 172; MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, S. 776 f.; präzisierend AMSTUTZ, Diss., S. 135 ff.

<sup>133</sup> BGE 134 I 65 E. 3.3 in Pra 97 (2008) Nr. 86.

<sup>134</sup> BGE 131 I 166 E. 4.3 S. 174; AMSTUTZ, Diss., S. 168 ff., insb. S. 172; WALDMANN, Nothilfe, S. 353; der Verfassungsgeber hat dies – zur Klarstellung – mit den Worten «und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen» ausdrücklich in den Verfassungstext aufgenommen.

<sup>135</sup> Anschaulich UEBERSAX, Rechtsprechung, S. 55.

<sup>136</sup> BGE 131 I 166 E. 6.4 S. 179.

<sup>137</sup> BGE 131 I 166 E. 4.4 f., wobei sich das Bundesgericht auf die verwaltungsrechtliche Figur der Nebenbestimmungen stützt, was in der Lehre zu Recht auf Kritik stiess, vgl. BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 12 N 5; MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, S. 778 Fn. 99.

<sup>138</sup> TSCHANNEN, Staatsrecht, § 7 N 87.

<sup>139</sup> Darin liegen dogmatische Herausforderungen, die bei weitem noch nicht

bewältigt sind, vgl. ALBERS, Grundrechtsbeeinträchtigungen, S. 233 ff.; für die Schweiz: SCHÉFER, Gefährdung, S. 441 ff., mit einer «grundrechtsdogmatischen Skizze» (Untertitel) zu dieser Problematik; TSCHANNEN, Warnungen, N 84 ff.; DERS., Staatsrecht, § 7 N 88 ff.

<sup>140</sup> BGE 131 I 166 E. 4.4 f.

<sup>141</sup> Stossend daher in plädoyer 6/2008, S. 97, das Schreiben der Sozialhilfe des Kantons Luzern: «(...) Falls Sie Nothilfe beantragen wollen, müssen Sie sich bei der Kantonspolizei Luzern melden. Wir machen Sie darauf aufmerksam, dass die Behörde bei Ihnen auch eine Ausschaffungshaft anordnen kann.»



[Rz 97] Andererseits ist nicht jedes tatsächliche oder rechtliche Hindernis, das dem Bezug von Nothilfe entgegensteht, grundrechtsrelevant. So mögen etwa die weitgehenden Mitwirkungspflichten bei der Bedarfsabklärung Bedürftige im Einzelfall davon abhalten, Nothilfe zu beziehen, doch dienen diese Pflichten gerade dazu, die Notlage im Einzelfall zu belegen, und sind daher sachgerecht: Der Staat muss Nothilfe nur dann leisten, wenn die Notlage erstellt ist. Dem kann auch nicht die (eingeschränkte) Pflicht des Staates, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, entgegengehalten werden. Sie führt weder aus prozessualen<sup>142</sup> noch aus materiellen<sup>143</sup> Gründen zu einer Beweislastumkehr, d.h. dazu, dass der Staat die Nothilfe nur dann verweigern darf, wenn erstellt ist, dass *keine* Notlage vorliegt. Eine bloss mögliche, verfahrensmässig aber (noch) nicht erstellte Notlage tangiert im Regelfall den Schutzbereich von Art. 12 BV nicht. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Mitwirkung dem Einzelnen nicht möglich oder zumutbar ist.<sup>144</sup>

[Rz 98] Ein weiteres, nicht unmittelbar grundrechtsrelevantes Hindernis für den Nothilfebezug kann etwa die kommunale Zuständigkeit im Sozial- und Nothilfebereich darstellen («Man kennt sich im Dorf...»). Solche Hindernisse mögen Aufforderung an den Gesetzgeber sein, die Sozial- und Nothilfestrukturen grundrechtskonform zu gestalten, sind jedoch bei weitem nicht genügend stark, um den unmittelbar anspruchsbegründenden Schutzbereich von Art. 12 BV zu tangieren.

[Rz 99] Das Sozialhilfegeheimnis ist daher mit Blick auf Art. 12 BV bis zu einem gewissen Grad grundrechtlich motiviert. Sofern eine Datenweitergabe im konkreten Fall in den Schutzbereich von Art. 12 BV fällt, gilt die Pflicht zur Verschwiegenheit uneingeschränkt. Ausserhalb dieses Bereichs ist eine Interessenabwägung zulässig, die allgemein vom Gesetzgeber, aber auch – im Rahmen der Rechtsordnung – im konkreten Fall von den Behörden zu treffen ist.

## 6. Zwischenergebnis: Grobes Prüfungsschema bei der Verletzung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes<sup>145</sup>

[Rz 100] 1. Schritt: Einhaltung struktureller Anforderungen des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 13 Abs. 2 BV)?

- Ist der Umgang mit Personendaten sachgerecht und transparent gestaltet?
- Sind individuelle Kenntnismöglichkeiten und Einflusschancen gewährleistet?
- Sind adäquate Kontrollen institutionalisiert?

*Offensichtliche* Verletzungen dieser strukturellen Anforderungen sind justiziabel.

2. Schritt: Schutzbereich und Einschränkung materieller individualrechtlicher Teilgehalte des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 1 BV)?

- Liegt ein Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitsgüter vor, namentlich in die Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) oder in materielle Geheimnisse (Art. 10 Abs. 2 BV)?
- Hat der Gesetzgeber die Befugnis zur Datenbearbeitung für einen bestimmten, klar geregelten Verwendungszweck festgelegt (Aufgaben-Befugnis-Zusammenhang) (Art. 36 Abs. 1 BV)?
- Liegt die Datenbearbeitung im öffentlichen Interesse und ist sie verhältnismässig (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV)?
- Ist der Kerngehalt gewahrt (Art. 36 Abs. 4 BV)?

## C. Zulässigkeit und Verpflichtung zur behördlichen Kooperation

[Rz 101] Die bisherigen Ausführungen zu den Grundrechten befassten sich mit einem Eckpfeiler zur rechtlichen Erfassung behördlicher Daten- und Informationsflüsse. Grundrechte strukturieren und begrenzen staatliche Datenflüsse mit Blick auf die Wahrung der Persönlichkeitsrechte betroffener Privater. Diese Sichtweise vermag allerdings den Rechtsrahmen behördlicher Kooperation nicht hinreichend abzustecken. Vielmehr richten sich Zulässigkeit und Verpflichtung hierzu zunächst nach den Vorgaben des Staats- und Verwaltungsorganisationsrechts. Man muss sich auch unabhängig vom Grundrechtsschutz fragen, inwiefern staatliche Stellen miteinander kooperieren dürfen bzw. müssen. Auch hier betritt man dogmatisch ungesichertes Terrain. Dies spiegelt sich in der Praxis wider, in der die Behörden zwar häufig miteinander kooperieren,<sup>146</sup> es aber schwer fällt, rechtliche Grundlagen und Grenzen behördlicher Kooperation präzise zu formulieren.

[Rz 102] Wird behördliche Kooperation rechtlich problematisiert, geschieht dies häufig unter dem Titel der «Amts- und Rechtshilfe» als einer Erscheinungsform behördlicher Kooperation.<sup>147</sup> Im Einzelnen ist allerdings noch vieles unklar.

<sup>142</sup> AUER, VwVG-Kommentar, Art. 12 N 16; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 12 N 6, 207 ff.; TSCHUDI, Auswirkungen, S. 119 f.

<sup>143</sup> WALDMANN, Nothilfe, S. 358; a.M. AMSTUTZ, Diss., S. 300 f.; MÜLLER/SCHNEIDER, Grundrechte, S. 778 f.; siehe auch TSCHUDI, Auswirkungen, S. 119 ff.

<sup>144</sup> AMSTUTZ, Diss., S. 262 f.

<sup>145</sup> In Anlehnung an GIOVANNI BIAGGINI, Die Wirtschaftsfreiheit und ihre Einschränkungen, in: ius.full (Forum für juristische Bildung) 1/2003, S. 2 ff., 10.

<sup>146</sup> Zum Begriff und zur Praxis vgl. KÄGI-DIENER, Habil., N 577 f. und N 592 ff.

<sup>147</sup> SCHLINK, Habil., S. 34 und 56; GLASER TOMASONE, Diss., S. 25; zu weit dagegen VPB 62 (1998) Nr. 40 E. 3/c/aa, wo unter dem Titel der «Amts- und

## 1. Die Institute der Amts- und Rechtshilfe

### a) Begriffsprobleme – Problembegriff

[Rz 103] Die traditionelle deutsche Lehre bestimmt die Amts- und Rechtshilfe von ihren Grenzen her und erlaubt sie, wenn sie nicht verboten sind.<sup>148</sup> Schweizer Lehre und Praxis sind diesem Ansatz bisweilen gefolgt.<sup>149</sup> Unklar bleibt, worin Amts- und Rechtshilfepflicht gründen. Rückführungen auf einen (unbestimmten) «eminent staatsrechtlichen Grundsatz» oder den strittigen Grundsatz der «Einheit der Verwaltung»<sup>150</sup> vermögen nur schlecht zu verbergen, dass eine vermeintliche «Selbstverständlichkeit»<sup>151</sup> postuliert wird. Bei richtiger Betrachtung ist es aber alles andere als «selbstverständlich», dass eine Behörde ermächtigt und verpflichtet ist, (gesetzlich fixierte) Kompetenz- und/oder Zuständigkeitsgrenzen zu überwinden, um eine andere Behörde zu unterstützen.<sup>152</sup>

[Rz 104] Um diesem heiklen Ansatz deutlich entgegenzutreten, spricht Schlink<sup>153</sup> nicht ohne Berechtigung davon, dass «Amts- und Rechtshilfe» zunächst nur Problem- und Verweisungsbegriffe seien. Das bedeutet, dass sie das Problem bezeichnen, wann Kompetenz- und Zuständigkeitsgrenzen überspielt werden dürfen, und für dessen Lösung auf das positive Recht verweisen. Die geltende Rechtsordnung ist Grundlage und Grenze der verwaltungsrechtlichen Institute der Amts- und Rechtshilfe, an ihr haben sie sich jederzeit messen zu lassen.

[Rz 105] Amts- und Rechtshilfe sind nach diesem Verständnis Institute des formellen Rechts, d.h. des Staats- und Verwaltungsorganisationsrechts. Sie haben bereits als solche die Verfassung und damit die rechtsstaatlichen Grundsätze zu respektieren, wie sie in Art. 5 BV, aber auch in den Grundrechten (Art. 13 Abs. 2 BV!) zum Ausdruck kommen.

### b) Abgrenzung von Amts- und Rechtshilfe

[Rz 106] Die Abgrenzung der Amts- von der Rechtshilfe bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Die Begriffe werden in Erlassen, aber auch in Literatur und Praxis uneinheitlich ver-

wendet.<sup>154</sup> In einigen Rechtsbereichen, z.B. im Steuerrecht oder bei der Rechtshilfe in Strafsachen, haben sich bereichsspezifische Definitionen herausgebildet.<sup>155</sup>

[Rz 107] Mit der einhelligen deutschen Lehre sehen wir im Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts das entscheidende Abgrenzungskriterium darin, dass sich Rechts- und Amtshilfe auf verschiedene Staatsgewalten beziehen: die Rechtshilfe auf die Rechtsprechung (Justiz; Dritte Gewalt), die Amtshilfe auf die Verwaltung (Exekutive; Zweite Gewalt).<sup>156</sup>

[Rz 108] Im Anschluss an die herrschende deutsche Lehre sind unter Rechtshilfe Unterstützungsleistungen durch Gerichte im Sinn von Art. 30 BV zu verstehen, und zwar funktional begrenzt auf spezifisch richterliche Handlungen.<sup>157</sup> Richterlich sind diejenigen Handlungen, die das Gericht mit «seinen ihm eigentümlichen Mitteln» vornimmt,<sup>158</sup> d.h. mit denjenigen Mitteln, die ihm unmittelbar dazu dienen, seine rechtsprechende Funktion<sup>159</sup> auszuüben. Da solche Mittel typischerweise verfahrensrechtlich (streng) geregelt sind, erfolgt Rechtshilfe in aller Regel durch die Vornahme verfahrensrechtlich geregelter Handlungen.<sup>160</sup> Unter Rechtshilfe fallen die Zustellungs- und Beweisaufnahmehilfe (z.B. Zeugen- einvernahme), nicht aber das Bereitstellen von Räumen, das Erteilen von Auskünften oder die Herausgabe von Akten.<sup>161</sup>

[Rz 109] Amtshilfe ist dagegen die behördliche Unterstützung durch die Vornahme nicht-richterlicher Handlungen. Dies können Beistandsleistungen zwischen Verwaltungsbehörden sein, aber auch Unterstützungshandlungen von Verwaltungsbehörden gegenüber Gerichten oder nicht-richterliche Handlungen von Gerichten. Die Hilfe durch schlichte Aus-

<sup>154</sup> Exemplarisch GLASER TOMASONE, Diss., S. 4 ff.

<sup>155</sup> Z.B. RASELLI, Informationsaustausch, S. 28 ff.

<sup>156</sup> BONK/SCHMITZ, in: STELKENS/BONK/SACHS VwVfG, § 4 N 38; Justizbehörden haben bereits verfassungsrechtlich eine andere Stellung als Verwaltungsbehörden: richterliche Unabhängigkeit (Art. 30 Abs. 1 BV); a.M. SIMON, Diss., S. 37 ff. Die präzise Begriffsbestimmung bleibt jedoch schwierig. So ist nicht jede Handlung eines Gerichts eine richterliche. Gerichte nehmen auch Verwaltungsaufgaben wahr (Gerichts- oder Justizverwaltung); vgl. dazu z.B. REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 1991, S. 291 ff.

<sup>157</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar VRG ZH, § 71 N 71; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 10 N 2; ähnlich BSK DSG-WALTER, 1. Aufl., Art. 19 N 4; für Deutschland statt vieler BAUER, in: DREIER GG, Art. 35 N 13; WETTNER, Diss., S. 25 ff., 188 f.; begleitend DREHER, Diss., S. 13 ff.

<sup>158</sup> DREHER, Diss., S. 14.

<sup>159</sup> Was darunter zu verstehen ist, ist im Einzelnen unklar; vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 928 f., m.w.H.; aus der Praxis z.B. BGE 124 I 76 E. 2 S. 78 f.

<sup>160</sup> Insoweit eine gewisse Ähnlichkeit zur Abgrenzung bei SIMON, Diss., S. 35 ff., insb. S. 41.

<sup>161</sup> So KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar zum VRG ZH, § 7 N 71; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 10 N 2; ferner KIENER, Unabhängigkeit, S. 292: Erledigung von Anfragen, Stellungnahmen oder Vernehmlassungen als Verwaltungsakte.

Rechtshilfe» von einer «grundsätzlichen Pflicht aller Behörden zur informationellen Zusammenarbeit» gesprochen wird. Unter Kompetenz wird hier ein bestimmter Aufgabe-Befugnis/Mittel-Zusammenhang verstanden, vgl. SCHLINK, Habil., S. 142 f.

<sup>148</sup> BRYDE, Einheit, S. 201.

<sup>149</sup> SIMON, Diss., S. 65, 111 f., 136; VPB 62 (1998) Nr. 40 E. 3/c/aa: «ungeschriebener Verfassungsgrundsatz des schweizerischen Rechts».

<sup>150</sup> Vgl. dazu die Berichte von BRYDE, Einheit, und HAVERKATE, Einheit, sowie die Diskussion auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer im Jahr 1987 (=VVDStRL 46).

<sup>151</sup> BGE 22 I 994 E. 2 S. 996; bestätigt in BGE 42 III 263 ff. E. 1 S. 267, dort allerdings als «allgemeiner Grundsatz»; so heute noch KNAPP, précis, N 1628.

<sup>152</sup> SCHLINK, Habil., S. 56 ff.

<sup>153</sup> Schlink, Habil., S. 56.

kunftserteilung ist stets Amtshilfe, auch wenn sie von einem Gericht geleistet wird.<sup>162</sup>

[Rz 110] Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist bei der Rechts- und Amtshilfe dann berührt, wenn eine Staatsgewalt zu Gunsten einer anderen Hilfeleistungen erbringen muss. Nach unserem Verständnis ist dabei eine funktional-institutionelle Betrachtungsweise ausschlaggebend.<sup>163</sup> Der Grundsatz der Gewaltenteilung wird nur dann berührt, wenn Gerichte zur Erfüllung ihrer richterlichen Tätigkeit Hilfeleistungen von anderen Staatsgewalten verlangen oder wenn Verwaltungsstellen von Gerichten eine richterliche Handlung einfordern. Hilfeleistungen innerhalb einer Staatsgewalt, z.B. zwischen verschiedenen Gerichten, berühren den Grundsatz ebenso wenig wie Hilfeleistungen eines Gerichts aus dem Bereich der Justizverwaltung.

[Rz 111] In ihrer Verwaltungstätigkeit geniessen die Gerichte zur Stärkung ihrer organisatorischen Unabhängigkeit zwar vielfach Autonomie.<sup>164</sup> Doch bleibt die Tätigkeit eine verwaltende. Die Autonomie gründet darin, dass die anderen Staatsgewalten nicht unter dem Deckmantel der Justizverwaltung (mittelbar) Einfluss auf die Rechtsprechung nehmen sollen.<sup>165</sup> Diese Gefahr besteht bei der Amtshilfe nicht, da sie *per definitionem* eine auf den Einzelfall beschränkte Hilfeleistung im Bereich der Justizverwaltung ist und somit anderen staatlichen Stellen keine Handhabe bietet, um mittelbar auf die Rechtsprechung Einfluss zu nehmen.<sup>166</sup>

[Rz 112] Anders sieht es etwa dann aus, wenn ein Gericht von einer Verwaltungsbehörde die Edition gewisser Unterlagen verlangt (Amtshilfe) oder wenn eine Verwaltungsbehörde bei einem Gericht die Vornahme einer Zeugeneinvernahme anbegehrt (Rechtshilfe). In diesen Fällen stellt eine Staatsgewalt eine andere «in ihre Dienste». Dies erscheint mit Blick auf die Unabhängigkeit der Justiz bzw. den Grundsatz der Gewaltenteilung *heikel*. Da es sich hierbei um einen elementaren Grundsatz des Staatsorganisationsrechts handelt,<sup>167</sup>

setzen Befugnis und Pflicht zur wechselseitigen Unterstützung eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage voraus.<sup>168</sup>

[Rz 113] Die folgende Untersuchung beschränkt sich – wo nicht anders vermerkt – auf die Amtshilfe.

### c) Charakteristika der Amtshilfe

[Rz 114] Dass Kompetenz- und Zuständigkeitsgrenzen in der Verwaltungspraxis tagtäglich überwunden werden, wurde bereits erwähnt. Wann dies aus rechtlicher Sicht zulässig oder gar geboten ist, ist jedoch bis heute strittig. Innerhalb einer Staatsebene wird die zwischenbehördliche Unterstützung auch in der jüngeren Lehre und Rechtsprechung als (organisationsrechtliche) Selbstverständlichkeit angesehen.<sup>169</sup> Es liegt auf der Hand, dass damit das «Innenleben» der Verwaltung nur ungenügend rechtlich erfasst wird, selbst wenn man grundrechtliche Schranken für die zwischenbehördliche Kooperation aufstellt.<sup>170</sup>

[Rz 115] Die Amtshilfe umfasst Hilfeleistungen zwischen Verwaltungsbehörden unter Überwindung bestehender Zuständigkeits- und/oder Kompetenzgrenzen. Problematisch ist die Amtshilfe dann, wenn sie dazu dient, fremde Befugnisse für eigene Aufgaben bzw. eigene Befugnisse für fremde Aufgaben einzusetzen.<sup>171</sup> Die Charakteristika der Amtshilfe treten deutlich hervor, wenn man ihr andere Erscheinungsformen behördlicher Kooperation entgegensetzt:

[Rz 116]

- Der Einsatz eigener Befugnisse für eigene Aufgaben ist nicht Amtshilfe, auch dann nicht, wenn der Einsatz einer anderen Behörde zu Gute kommt.<sup>172</sup> Wo eine Behörde verpflichtet ist, zur Erfüllung eigener Aufgaben mit einer anderen Behörde zusammenzuarbeiten, geht es demnach nicht um Amtshilfe. Auch in Aufsichts- und Weisungsverhältnissen kann nicht von Amtshilfe gesprochen werden.<sup>173</sup> Bei der Amtshilfe

<sup>162</sup> Z.B. DREHER, Diss., S. 17.

<sup>163</sup> Vgl. KIENER/KÄLIN, Grundrechte, S. 440 zu Art. 30 BV: «Ein verfassungskonformes Gericht zeichnet sich funktional durch seine rechtsprechende Tätigkeit und organisatorisch durch seine institutionelle Unabhängigkeit aus.»

<sup>164</sup> Selbstverwaltung; vgl. z.B. Art. 188 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 25 BGG; Art. 27 VGG. So sind das Bundesgericht (dazu SHK BGG-SEILER, Art. 25 N 2) und das Bundesverwaltungsgericht kein Teil der Bundesverwaltung i.S.v. Art. 2 RVOG.

<sup>165</sup> KIENER, Unabhängigkeit, S. 293.

<sup>166</sup> Im Übrigen darf die ersuchte Stelle die Amtshilfe verweigern, wenn sie dadurch in ihrer eigenen Aufgabenerfüllung gefährdet würde; vgl. dazu DREHER, Diss., S. 115 ff.

<sup>167</sup> Auf Bundesebene gilt die Gewaltenteilung als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz, statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, N 1410; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27 N 4; kritisch SEILER, Gewaltenteilung, passim; im Kanton Bern ist der Grundsatz der Gewaltenteilung in Art. 66 KV BE ausdrücklich verankert.

<sup>168</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 7B.99/2005 vom 15. November 2005, E. 1.2.4, mit Bezug auf Art. 4 SchKG; BGE 80 I 1 ff. S. 5: «Da nach diesem [Grundsatz der Gewaltenteilung] die Gerichte und die Verwaltungsbehörden einander gleichgeordnet sind, muss angenommen werden, dass die Gerichte mangels besonderer gesetzlicher Vorschrift nicht befugt sind, den Verwaltungsbehörden die Vorlegung ihrer Akten zu befehlen (...).» Eine allgemeine zivilprozessuale Editionsspflicht reicht nicht (ebd.). Zum Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage: Art. 164 Abs. 1 lit. g BV; Art. 69 Abs. 4 lit. d KV BE; evt. analoge Anwendung von Art. 36 BV (strittig), vgl. dazu BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 36 N 4 unter Verweis auf BGE 129 I 290 E. 4.4.

<sup>169</sup> WETTNER, Diss., S. 24; so auch bei SIMON, Diss., S. 142 f., der sich zwar eingehend mit dem Organisationsrecht befasst, in ihm aber zugleich Grundlage («Einheit der Verwaltung») und Schranke (Bindung der Behörden an ihre Aufgabenbereiche) der Amtshilfe sieht. Die Schranken der Amtshilfe betreffen nach SIMON immer konkret bestimmbare Personen (S. 112).

<sup>170</sup> Für das VwVG vgl. SCHINDLER, VwVG-Kommentar, Einl. N 13.

<sup>171</sup> SCHLINK, Habil., S. 59 f.

<sup>172</sup> SCHLINK, Habil., S. 59 und S. 223 ff.; DREHER, Diss., S. 26 ff.

<sup>173</sup> SIMON, Diss., S. 42 f.; DREHER, Diss., S. 18 ff.; SCHLINK, Habil., S. 246 f.

setzt die ersuchte Behörde immer ihre eigenen Befugnisse ein. Amtshilfe liegt nicht vor, wenn eine Behörde fremde Befugnisse einsetzt.<sup>174</sup> Die Amtshilfe richtet sich demnach nach dem Recht der ersuchten Behörde.

[Rz 117]

- Amtshilfe ist «Ausnahme vom Regelfall», d.h. auf den Einzelfall beschränkte Hilfeleistung.<sup>175</sup> Unter dem Titel der Amtshilfe dürfen Kompetenz- und Zuständigkeitsgrenzen nicht regelmässig, sondern nur ausnahmsweise überspielt werden. Wo Behörden dauernd und regelmässig zusammenarbeiten, erfolgt die Kooperation nicht in Form der Amtshilfe. Dies gilt etwa bei gesetzlichen Meldepflichten.<sup>176</sup>

[Rz 118]

- Obwohl die Amtshilfe im Regelfall auf Ersuchen geleistet wird, kann Amtshilfe auch ungefragt als sog. Spontanhilfe geleistet werden.<sup>177</sup> Spontanhilfe als Amtshilfe ist rechtlich sehr heikel, da die Hilfe leistende Behörde im Regelfall nur schwer abschätzen kann, ob die Amtshilfe im konkreten Fall verhältnismässig, d.h. geeignet, notwendig und angemessen ist.

[Rz 119]

- Kennzeichnend für die Amtshilfe ist das Überwinden von Kompetenz- und/oder Zuständigkeitsgrenzen.<sup>178</sup> Zuständigkeitsgrenzen sind namentlich durch das Fixieren örtlicher und sachlicher Zuständigkeiten gezogen. Kompetenzen werden überwunden, wenn ein bestimmter Aufgaben-Befugnis-Zusammenhang aufgelöst wird und eine Befugnis für eine andere Aufgabe eingesetzt wird. Das Überwinden von Kompetenzgrenzen ist rechtlich heikel, wenn es dazu dient, eine *neue* Kompetenz zu schaffen, d.h. wenn über die Amtshilfe ein bestimmter Aufgaben-Befugnis-Zusammenhang geschaffen wird, der gesetzlich nicht vorgesehen ist. Das ist dann der Fall, wenn eine Behörde A eine Behörde B um eine Hilfeleistung ersucht, die die Behörde A nicht selbst vornehmen dürfte.

[Rz 120] Kompetenz- und Zuständigkeitsgrenzen können,

(bezogen auf D-DSG).

<sup>174</sup> SCHLINK, Habil., S. 59; DREHER, Diss., S. 97 ff.

<sup>175</sup> SCHLINK, Habil., S. 156 ff., 221 f.: «Bei den Rechtshandlungen, bei denen die Rechtsordnung (...) die Abgabe einer Mitteilung vorsieht, richtet sie die beteiligten Behörden gerade nicht als grundsätzlich selbsterledigungsfähig und nur ausnahmsweise hilfsbedürftig ein, sondern als notwendig aufeinander angewiesen.»; DREHER, Diss., S. 21 ff., 105; SIMON, Diss., S. 126 ff.

<sup>176</sup> SCHLINK, Habil., S. 161 und S. 227; DREHER, Diss., S. 25; BRYDE, Einheit, S. 207 f.

<sup>177</sup> SCHLINK, Habil., S. 218 ff.; a.M. die h.L., z.B. DREHER, Diss., S. 32 f.

<sup>178</sup> SCHLINK, Habil., S. 149 ff.

müssen aber nicht zusammenfallen. Ein blosses Überwinden von Zuständigkeitsgrenzen liegt vor, wenn eine Behörde A von einer Behörde B eine Hilfeleistung verlangt, die die Behörde A in ihrem Zuständigkeitsbereich auch selbst vornehmen dürfte. Und schliesslich ist es ein blosses Überwinden von Kompetenzgrenzen, wenn eine Behörde (im organisatorischen Sinne<sup>179</sup>) mehrere Aufgaben wahrnimmt und Befugnisse zur Erfüllung *einer* Aufgabe für die Erfüllung einer *anderen* Aufgabe einsetzt, ohne dass der neu geschaffene Aufgaben-Befugnis-Zusammenhang rechtlich vorgesehen wäre.<sup>180</sup>

[Rz 121] Die skizzierten Charakteristika des Amtshilfeinstituts lassen dessen dogmatische Sprengkraft erahnen. Die Amtshilfe dient der ersuchenden Behörde dazu, die bestehende, meist gesetzlich fixierte Kompetenz- und Zuständigkeitsordnung zu überspielen und eine andere Behörde in Pflicht zu nehmen, damit diese ihre Befugnisse für Aufgaben der ersuchenden Behörde einsetzt. Ohne enges rechtliches Korsett droht die Amtshilfe zu einem «schneidigen Grundsatz» zu werden, der die geltende Kompetenz- und Zuständigkeitsordnung zwar nicht dauerhaft, aber doch im Einzelfall «an durchaus sensiblen Punkten zerstören und insofern auch insgesamt gefährden kann.»<sup>181</sup> Ein besonderes Augenmerk ist daher auf den organisationsrechtlichen Rahmen (nachfolgend Ziff. 2) und die grundrechtlichen Schranken (nachfolgend Ziff. 3) zu richten.

## 2. Allgemeiner organisationsrechtlicher Rahmen

[Rz 122] Amts- und Rechtshilfe sind klar von anderen Formen behördlicher Kooperation abzugrenzen. Unter dem Titel der Amtshilfe dürfen nur solche Kooperationsleistungen erbracht werden, die die Charakteristika des Instituts respektieren. Namentlich lässt die Amtshilfe keine dauerhafte und regelmässige Kooperation zwischen Verwaltungsbehörden zu.<sup>182</sup>

[Rz 123] So sprengt etwa ein dauerhafter und regelmässiger Online-Zugriff auf eine Datenbank einer anderen Verwaltungs-

<sup>179</sup> D.h. im Sinne von Verwaltungseinheiten als Organe eines Verwaltungsträgers, die mit organisatorischer Selbständigkeit ausgestattet sind, z.B. Ämter und ihnen gleichgestellte Organisationseinheiten im Kanton Bern, vgl. Art. 25 Abs. 2 OrG.

<sup>180</sup> Auch wenn man bei Hilfeleistungen innerhalb einer Behörde nicht von Amtshilfe sprechen will, handelt es sich in der Sache gleichwohl um eine solche, sofern Kompetenzgrenzen überspielt werden, vgl. SCHLINK, Habil., S. 150 ff.; a.M. wohl REINHARDT, Amtsgeheimnis, S. 556. Letztlich stellt man auf einen weiten, funktionalen Behördenbegriff ab, wie er auch im Verfahrens- und Datenschutzrecht gilt, vgl. zum bernischen Verwaltungsverfahren: MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 2 N 1; zum Datenschutzrecht: JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 3 N 75, Art. 19 N 5.

<sup>181</sup> Formulierungen von SCHLINK, Habil., S. 59 f.

<sup>182</sup> Amtshilfe ist auf den Einzelfall beschränkte Hilfe im Ausnahmefall. SCHLINK, Habil., insb. S. 223.



behörde die Grenzen der Amtshilfe.<sup>183</sup> Dasselbe gilt, wenn bei bestimmten Verwaltungsverfahren, etwa bei der Prüfung von Sozialhilfegesuchen, regelmässig bestimmte Daten einer anderen Behörde abgerufen werden (müssen). Als Merksatz gilt: Kommt das «Musterverfahren»<sup>184</sup> nicht ohne Datenaustausch aus, liegt keine Amtshilfe vor. Daraus darf aber nicht ohne weiteres auf die Unzulässigkeit einer weitergehenden Kooperation geschlossen werden. Die Amtshilfe ist nur eine der zulässigen Formen behördlicher Zusammenarbeit. Es ist den Behörden nur untersagt, *unter dem Titel der Amtshilfe* dauerhaft und regelmässig zusammenzuarbeiten.

[Rz 124] Bei aller Notwendigkeit klarer Abgrenzung zwischen Amtshilfe und anderen Kooperationsformen wird die Unterscheidung dadurch relativiert, dass sich die Regulationsanforderungen vergleichen lassen.<sup>185</sup> Sämtliche behördliche Kooperation muss sich an der geltenden Rechtsordnung messen lassen, bedarf also einer hinreichenden Abstützung in der Rechtsordnung, muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (vgl. Art. 5 BV). Steht bei den nachfolgenden Ausführungen die Amtshilfe im Vordergrund, lassen sich die dabei gewonnenen Erkenntnisse dennoch sinngemäss auf die behördliche Kooperation im Allgemeinen übertragen. Ob etwa Meldepflichten<sup>186</sup> als Amtshilfe oder als eine andere Form behördlicher Kooperation einzustufen sind, mag der Begriffsklärung dienen, ist aber für die Regulationsanforderungen nicht entscheidend.

#### a) Abstützung in der Rechtsordnung

[Rz 125] Da die Amtshilfe ein sehr breites Spektrum zwischenbehördlicher Hilfeleistungen abdeckt – sie reicht von Sachmitteln im verwaltungsinternen Bereich über den Datenaustausch bis hin zum Einsatz von Zwangsmitteln – variieren auch die Anforderungen an die Rechtsgrundlage stark.

##### (1) Erlaubnis zur Amtshilfe

[Rz 126] Amtshilfeleistungen sind erlaubt, wenn das positive Recht zu ihnen ermächtigt. Die Ermächtigung braucht nicht zwingend eine ausdrückliche zu sein und kann in gewissen Gebieten bzw. Konstellationen auch im Schluss von der Aufgabe einer Behörde auf die notwendigen Befugnisse und Mittel hiezu gründen. Der Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis ermächtigt freilich nur im Rahmen der Rechtsordnung zur Amtshilfe. Aber immerhin: Im Bereich der verwaltungsinternen Amtshilfe mit Dienst- und Sachleistungen («Innenbereich der Verwaltung») darf von einer Aufgabe auf die erforderlichen Mittel geschlossen werden. Dasselbe dürfte im Bereich der Leistungsverwaltung gelten, soweit nicht in die Rechtsstellung von Privaten, namentlich in deren Grund-

rechte, eingegriffen wird.<sup>187</sup> In der Eingriffsverwaltung, bei der stets in die Rechtsstellung von Privaten eingegriffen wird, ist der Schluss jedoch kaum haltbar.

[Rz 127] Sofern die Kompetenzen und Zuständigkeiten gesetzlich festgelegt worden sind, können sie auch nur gesetzlich verändert werden (sog. Parallelität der Formen<sup>188</sup>). Nach Schlink<sup>189</sup> ist jedes, d.h. auch das ausnahmsweise Überwinden von Kompetenz- und/oder Zuständigkeitsgrenzen ein Verändern dieser Grenzen. Folglich bedürfe die Amtshilfe stets einer *gesetzlichen* Regelung, sofern sie *gesetzlich* geregelte Kompetenzen und Zuständigkeiten überspiele. Dies überspannt u.E. die Anforderungen an das Legalitätsprinzip und wird dem Charakter der Amtshilfe nicht gerecht. Sie belässt die bestehende Kompetenz- und Zuständigkeitsordnung im Grundsatz unverändert, überwindet sie nicht dauerhaft, sondern nur ausnahmsweise. Praktikabilitätsgründe sprechen dagegen, das ausnahmsweise Überwinden mit dem dauerhaften Verändern gleichzusetzen. Dagegen gilt der Grundsatz der Parallelität der Formen bei anderen Varianten behördlicher Kooperation, etwa beim regelmässigen und dauerhaften Zusammenarbeiten.

[Rz 128] Es gibt auch «harmlose» Amtshilfefälle, namentlich im Bereich der verwaltungsinternen Amtshilfe mit Sach- und Dienstleistungen.<sup>190</sup> Hier ist es nicht erforderlich, dass eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage vorliegt, auch nicht mit Blick auf den Grundsatz der Parallelität der Formen. Nur qualifizierte bzw. «wichtige» Amtshilfefälle unterliegen höheren Anforderungen an Normstufe und Normdichte.<sup>191</sup> «Wichtig» sind all jene Amtshilfefälle, bei denen auch das ausnahmsweise Überwinden von Kompetenz- und/oder Zuständigkeitsgrenzen mit Blick auf die Wertungen der geltenden Rechtsordnung als *heikel* einzustufen ist.

[Rz 129] Darunter fallen u.E. zunächst einmal (1) all jene Fälle, in denen über die Amtshilfe eine neue, vom Gesetz abweichende Kompetenz geschaffen wird. Will eine Behörde zur Erfüllung ihrer Aufgaben andere als die gesetzlich vorgesehenen Mittel und Befugnisse beiziehen, so braucht sie dafür auch im Ausnahmefall eine gesetzliche Grundlage. Die Amtshilfe kann jedoch auch aus anderen Gründen regelungsbedürftig sein. Das trifft zu, wenn (2) Grenzen der horizontalen und vertikalen Gewaltenteilung überwunden werden oder wenn (3) Grundrechte auf dem Spiel stehen. Der Austausch

<sup>183</sup> WETTNER, Diss., S. 198.

<sup>184</sup> DREHER, Diss., S. 24; SCHLINK, Habil., S. 221.

<sup>185</sup> SCHLINK, Habil., S. 159 ff., 202 f., 223.

<sup>186</sup> Beispiel: Art. 97 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 82 VZAE.

<sup>187</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 413 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI, Verwaltungsrecht, § 19 N 14 ff.

<sup>188</sup> BGE 126 V 183 E. 5a S. 191; MOOR, Bd. I, S. 316 f.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5 N 14; RHINOW/KRÄHENMANN, Ergänzungsband, Nr. 59, B.I.a, S. 185 mit Hinweisen; SCHLINK, Habil., S. 78, 150.

<sup>189</sup> Schlink, Habil., S. 150, 153 f.; allerdings nicht konsequent, vgl. S. 202 betreffend nicht personenbezogene Daten.

<sup>190</sup> Beispiel: In einem schneereichen Winter leiht die Gemeinde X ausnahmsweise ihren Schneepflug der Nachbargemeinde Y aus.

<sup>191</sup> Zur «Wichtigkeit» als verfassungsrechtliches Kriterium für die Normstufe vgl. Art. 164 BV und Art. 69 Abs. 4 KV BE.



von Personendaten ist mit Blick auf die strukturellen und materiellen Vorgaben des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes stets als qualifizierte Amtshilfe einzustufen.

[Rz 130] Sofern solche «sensiblen Bereiche» berührt sind, dürfen die Behörden einander ohne klare Abstützung in der Rechtsordnung, in aller Regel in einem Gesetz, keine Amtshilfe leisten – auch nicht freiwillig. Dies gilt pauschal für den Austausch von Personendaten. «Harmlose» Fälle von Amtshilfe aus dem Innenbereich der Verwaltung kennen keine entsprechenden Schranken.

## (2) Pflicht zur Amtshilfe

[Rz 131] Aus der Zulässigkeit der Amtshilfe folgt noch keine Verpflichtung hierzu. Vielmehr bedarf die Pflicht zur Amtshilfe einer eigenständigen Abstützung in der Rechtsordnung. In der Regel ist dies eine allgemeine oder besondere gesetzliche Amtshilfebestimmung.

[Rz 132] Allgemeine Amtshilfebestimmungen sind solche, die die amtshilferechtliche Pflicht nicht näher umreissen, sondern nur gerade festhalten, dass die Behörden einander Amtshilfe leisten (z.B. Art. 10 VRPG BE). Wird die zu leistende Pflicht in einem Spezialgesetz näher ausgeführt (z.B. Auskunftspflicht), liegt eine besondere Amtshilfebestimmung vor. Allein die Tatsache, dass sich eine Amtshilfebestimmung in einem Spezialerlass befindet, macht diese jedoch noch nicht zu einer besonderen Amtshilfebestimmung. Ob eine allgemeine oder besondere Amtshilfebestimmung vorliegt, lässt sich dabei aber nicht allein aus dem Wortlaut einer Norm ableiten. Auch andere Auslegungselemente und weitere Umstände sind zu berücksichtigen, etwa der Charakter eines Erlasses. Normen in Querschnittsgesetzen wie dem VRPG BE sind als allgemeine Amtshilfebestimmungen einzustufen.

[Rz 133] Die Amtshilfepflicht muss allerdings nicht zwingend positiviert sein. Sofern Amtshilfeleistungen die Grenzen der Rechtsordnung respektieren, ist es durchaus möglich, dass sie sich derart einspielen, dass sie als allgemeine Rechts- oder Verfassungsgrundsätze<sup>192</sup> richterlich anerkannt oder als Gewohnheitsrecht<sup>193</sup> eingestuft werden.<sup>194</sup> Dabei sollte man allerdings sehr zurückhaltend sein.

[Rz 134] Vorsicht ist bei der Interpretation von Art. 44 Abs. 2 BV geboten. Aus Systematik<sup>195</sup> und Materialien<sup>196</sup> geht klar hervor, dass sich sein eigenständiger Regelungsgehalt auf einen spezifischen bundesstaatsbezogenen Aspekt der

Amts- und Rechtshilfe bezieht.<sup>197</sup> Die Bestimmung löst ein staatsorganisationsrechtliches Problem, indem sie gewährleistet, dass Unterstützungsleistungen in Form von Amts- und Rechtshilfe nicht unter Berufung auf bundesstaatliche Kompetenz- und Zuständigkeitsgrenzen verweigert werden (Überwindung der «vertikalen Gewaltenteilung»). Zu allen anderen Fragen äussert sich die Bestimmung nicht (ausdrücklich). Art. 44 Abs. 2 BV berechtigt und verpflichtet daher nicht unmittelbar zur Amtshilfe in «sensiblen Bereichen», darunter im Bereich der personenbezogenen Daten.<sup>198</sup>

[Rz 135] Daneben gibt es auf gesetzlicher Ebene allgemein gefasste Bestimmungen zur Amts- und Rechtshilfe. Die Regelungsgehalte solcher Bestimmungen können mehrschichtig sein. So lautet Art. 10 Abs. 1 VRPG BE wie folgt: «Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden sind gegenseitig zur Rechtshilfe verpflichtet.» Die Bestimmung befasst sich zum einen – wie Art. 44 Abs. 2 BV – mit einem staatsorganisationsrechtlichen Problem: Justiz und Verwaltung als verschiedene Staatsgewalten haben im Rahmen der Amts- und Rechtshilfe miteinander zu kooperieren (Überwindung der «horizontalen Gewaltenteilung»). Zum anderen verpflichtet die Bestimmung die Verwaltungsbehörden untereinander zur Amts- und Rechtshilfe. Der Regelungsgehalt bezieht sich also auch auf eine verwaltungs(organisations)rechtliche Fragestellung und berechtigt bzw. verpflichtet die Verwaltungsbehörden allgemein zur Amts- und Rechtshilfe.

[Rz 136] Allgemeine Amtshilfebestimmungen wie Art. 44 Abs. 2 BV und Art. 10 VRPG BE lassen Voraussetzungen, Umfang und Grenzen der im Einzelfall zulässigen Amts- und Rechtshilfe offen und verweisen dafür auf die übrige Rechtsordnung. Sie stellen pauschale gesetzliche Grundlagen für Amtshilfeleistungen dar, ohne deren Zulässigkeit im Einzelfall vorwegzunehmen. Es bleibt Aufgabe der beteiligten Behörden, im Einzelfall über die Zulässigkeit der Amtshilfeleistung zu entscheiden und sie gegebenenfalls nicht anzufordern bzw. nicht zu leisten. Mit anderen Worten: *Allgemeine Amtshilfebestimmungen lassen nur solche Amtshilfeleistungen zu, die sich in die übrige Rechtsordnung einpassen lassen. Dabei sind namentlich die Grundrechte zu respektieren, gerade beim Datenaustausch auf dem Wege der Amtshilfe. So behält Art. 10 Abs. 3 VRPG BE ausdrücklich die Datenschutzgesetzgebung als Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Datenschutzes vor.*<sup>199</sup>

<sup>192</sup> VPB 62 (1998) Nr. 40 E. 3/c/aa.

<sup>193</sup> So das Bundesgericht betreffend die interkantonale Rechtshilfe in Strafsachen vgl. BGE 85 I 103 E. 3 S. 108; 36 I 49 E. 2 S. 53.

<sup>194</sup> Vgl. SCHLINK, Habil., S. 220 f.; ferner MOOR, Bd. I, S. 329 ff.

<sup>195</sup> Art. 44 BV befindet sich im Abschnitt über das «Zusammenwirken von Bund und Kantonen».

<sup>196</sup> Botschaft BV, S. 209: Amts- und Rechtshilfe als beispielhafte Gebiete der Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen.

<sup>197</sup> Zur vergleichbaren Rechtslage in Deutschland: SCHLINK, Habil., S. 34 ff., 146, 226; DERS., Datenschutz, S. 250 f.

<sup>198</sup> In dieselbe Richtung AUBERT, petit commentaire, Art. 44 N 5; BELLANGER, entraide, S. 9; etwas widersprüchlich KNAPP/SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, Art. 44 N 25, nach denen es «schon aus Gründen des Rechtsstaates (Art. 5 und 36) fraglich [ist], ob sie [= Amtshilfe] ohne konkretisierendes Gesetz erfolgen kann», die dann aber doch von einer allgemeinen Informationspflicht ausgehen (N 26).

<sup>199</sup> Dieser Vorbehalt «verstet sich von selbst», so KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar VRG ZH, § 7 N 73, zu § 7 Abs. 3 VRG ZH.

[Rz 137] Bezeichnenderweise gelangen Lehre und Praxis, die die Amtshilfe von ihren Grenzen her bestimmen, zu ähnlichen Ergebnissen. Sie ziehen die Grenzen für ein Überspielen der Kompetenz- und Zuständigkeitsordnung relativ eng. Der von der EDSK postulierte Verfassungsgrundsatz, nach welchem alle Behörden zur informationellen Zusammenarbeit verpflichtet sind, löst sich in der weiteren Begründung des Urteils weitgehend auf. Amts- und Rechtshilfe – so das Fazit – seien, «trotz der verfassungsrechtlichen Pflicht, keineswegs selbstverständlich, sondern im Einzelfall aufgrund einer Interessenabwägung vorzunehmen».<sup>200</sup>

[Rz 138] Besondere Amtshilfebestimmungen gehen einen Schritt weiter. Sofern sie uneingeschränkt zu einer bestimmten Amtshilfeleistung verpflichten, hat der Gesetzgeber über die Zulässigkeit der Amtshilfe positiv und abschliessend entschieden.<sup>201</sup> Für eine *allgemeine* Interessenabwägung bleibt kein Raum mehr, auch nicht über den Umweg einer Berufung auf allgemeine Datenschutzgesetze und deren Amtshilfebestimmungen (differenzierend unten Rz. 167 und 304). Die ersuchte Behörde darf die Auskunft nicht verweigern, weil sie sie für unverhältnismässig hält. Ansonsten würde sich die ersuchte Behörde eigenmächtig einen Entscheidungsspielraum verschaffen, den ihr der Gesetzgeber klar verweigert hat.

[Rz 139] Damit einer besonderen Amtshilfebestimmung die beschriebene Wirkung zukommt, muss sie jedoch gewisse Anforderungen erfüllen: Sie muss sehr konkret gefasst, auf die Situation, in der Amtshilfe zu leisten ist, zugeschnitten und vom erkennbaren gesetzgeberischen Willen getragen sein. Zudem muss es überhaupt im Regelungsbereich der besonderen Amtshilfebestimmung liegen, die entsprechende Frage regeln zu können; so kann etwa nicht ein Kanton über die Amtshilfepflicht einer Behörde eines anderen Kantons legiferieren oder ein Kanton über jene von Bundesbehörden.

[Rz 140] Abschliessend sei noch kurz auf Bestimmungen hingewiesen, die sich allgemein mit der behördlichen Kooperation befassen. Sie finden sich in der Gesetzgebung zur Verwaltungsorganisation. So verpflichtet Art. 14 Abs. 1 RVOV die Verwaltungseinheiten des Bundes zur Zusammenarbeit. Die Verwaltungseinheiten müssen sich gegenseitig unterstützen und informieren, namentlich erteilen sie anderen Verwaltungseinheiten die Auskünfte, die für deren gesetzliche Aufgabenerfüllung erforderlich sind (Art. 14 Abs. 2 und 3 RVOV). Im Berner Recht findet sich in den Organisationserlassen, insb. im OrG, keine entsprechend klar formulierte Bestimmung.<sup>202</sup> Solche Bestimmungen sind mehr als eine

Verpflichtung zur «wechselseitigen Amtshilfe».<sup>203</sup> Sie statuieren ein «allgemeines Kooperationsgebot».<sup>204</sup> Nicht das Amtshilfeinstitut bildet den Rahmen dieser Zusammenarbeit, sondern die Rechtsordnung.<sup>205</sup>

## b) Öffentliches Interesse

[Rz 141] Die geleistete Amtshilfe muss im öffentlichen Interesse liegen. Grundsätzlich vermögen sämtliche öffentliche Interessen eine Amtshilfe zu rechtfertigen. Allgemeine Aussagen sind kaum möglich,<sup>206</sup> doch muss die Amtshilfe stets einem *bestimmten* öffentlichen Interesse dienen. Gerade im Bereich der Informationshilfe ist darauf besonderen Wert zu legen: Die ersuchende Behörde muss angeben können, zu welchem bestimmten Zweck sie die Daten braucht.<sup>207</sup>

## c) Verhältnismässigkeit

[Rz 142] Verhältnismässig ist staatliches Handeln, wenn es zur Aufgabenerfüllung geeignet und erforderlich ist sowie bei Abwägung aller Interessen als angemessen erscheint.<sup>208</sup> Einige Diskussionspunkte gibt es zur Erforderlichkeit der Amtshilfe.<sup>209</sup>

[Rz 143] Die Amtshilfe überwindet im Ausnahmefall die anderweitig geltende Kompetenz- und Zuständigkeitsordnung. Dies setzt voraus, dass die um Amtshilfe ersuchte Behörde nach ihren rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen überhaupt in der Lage ist, die gewünschte Handlung vorzunehmen. So muss sie etwa für die Vornahme der ersuchten Handlung örtlich, sachlich und funktionell zuständig sein. Können mehrere Behörden die gewünschte Handlung vornehmen, hat sich die ersuchende Behörde primär an Behörden mit gleichem oder ähnlichem Aufgabenkreis zu wenden, sofern zwischen Aufgabe und Handlung ein enger Konnex besteht.<sup>210</sup> Ansonsten hat sich die ersuchende Behörde zunächst an die Dienststellen des gemeinsamen Behördenträgers zu wenden; bundesstaatliche Kompetenz- und Zuständigkeitsgrenzen sind nur subsidiär zu überwinden.<sup>211</sup>

Wiestner, Informationsbeschaffung, S. 38, verweist auf das Verfahrensrecht, d.h. auf Art. 10 VRPG BE.

<sup>203</sup> So aber Gutachten BJ, Kap. C Ziff. 16 Bst. a.

<sup>204</sup> So Gutachten DV, S. 81.

<sup>205</sup> So im Ergebnis wohl auch Gutachten BJ, ebd., und Gutachten DV, ebd.

<sup>206</sup> Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, N 536.

<sup>207</sup> Angesprochen ist der zentrale datenschutzrechtliche Grundsatz der Zweckbestimmung vgl. Art. 5 Abs. 2 KDSG BE und Art. 4 Abs. 3 DSG; Albers, Umgang, N 123 ff.

<sup>208</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, N 581 ff.; Tschannen/Zimmerli, Verwaltungsrecht, § 21 N 1 ff.

<sup>209</sup> Vgl. allgemein zur Verhältnismässigkeit der Amtshilfe Urteil des Bundesgerichts 2A.534/2001 vom 15. März 2002, E. 4.1; BGE 125 II 65 E. 6a S. 73.

<sup>210</sup> Dreher, Diss., S. 110 f. Diese Behörden erscheinen geeigneter als solche, die mit dem jeweils betroffenen Aufgabenkreis nichts zu tun haben.

<sup>211</sup> Dreher, Diss., S. 111 f. Hier handelt es sich streng genommen nicht mehr um eine Frage der Eignung, sondern der Angemessenheit.

<sup>200</sup> VPB 62 (1998) Nr. 40 E. 3/c/dd in fine.

<sup>201</sup> BGE 124 I 176 E. 5c/ee S. 180: «Ein Gesetz, welches uneingeschränkt eine Behörde zur Bekanntgabe bestimmter Informationen verpflichtet, stellte eine Rechtsgrundlage dar, welche auch im datenschutzrechtlichen Sinne die Bekanntgabe zulässt (...)».

<sup>202</sup> Anklänge finden sich etwa in Art. 35 f. OrG zur Abstimmung der Tätigkeiten (Koordination) und zum Mitberichtsverfahren in der Zentralverwaltung;

[Rz 144] Amtshilfe ist nur dann zu leisten, wenn sie notwendig ist. Daraus folgt der Grundsatz der Subsidiarität der Amtshilfe:<sup>212</sup> Eine Behörde hat ihre Aufgaben in erster Linie mit ihren eigenen Mitteln zu erledigen. Die staatliche Kompetenz- und Zuständigkeitsordnung ist für die Behörden bindend. Sie darf von ihnen nur dann unter dem Titel der Amtshilfe überspielt werden, wenn sie ihre Aufgaben aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht oder nur mit wesentlich grösserem Aufwand selbst erfüllen können.

[Rz 145] Damit ist gesagt, dass Zweckmässigkeitserwägungen bei der Amtshilfe durchaus eine Rolle spielen dürfen.<sup>213</sup> Ein Amtshilfeersuchen ist zulässig, wenn das Beschreiten des Amtshilfeweges *wesentlich einfacher, schneller und kostensparender* ist als eigenes Handeln der ersuchenden Behörde. Die Einsparung an Zeit und Mühe vermag die Amtshilfe zu rechtfertigen.<sup>214</sup>

[Rz 146] Es ist dann jedoch ein besonderes Augenmerk auf die Angemessenheitsprüfung zu legen und die Situation aller Verfahrensbeteiligter, namentlich der ersuchten Behörde und allfällig betroffener Privater, zu berücksichtigen. Amtshilfe darf nur dann beansprucht werden, wenn sie bei einer Gesamtbeurteilung aller beteiligter öffentlicher und privater Interessen angemessen erscheint (umfassende Interessenabwägung).<sup>215</sup> Eigenes Tätigwerden mag aufwendiger sein, erscheint aber dann als angebracht, wenn es die Interessen betroffener Privater weniger tangiert als die Amtshilfe.

[Rz 147] Unangemessen wäre eine Amtshilfe auch dann, wenn sie der ersuchenden Behörde *einzig* dazu dient, kosten- und arbeitsintensive Verwaltungshandlungen auf andere Behörden abzuwälzen. Ein solch unredliches Verhalten widerspräche dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auch im zwischenbehördlichen Verkehr gilt.<sup>216</sup> Kosten- und/oder Zeitersparnisse mögen eine Amtshilfeleistung für die ersuchende Behörde attraktiv erscheinen lassen,<sup>217</sup> sind aber

im konkreten Fall mit entgegenstehenden Interessen der ersuchten Behörde abzuwägen.<sup>218</sup> Im Übrigen hat eine Behörde ihre Aufgaben grundsätzlich mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln zu erfüllen.

#### d) Exkurs: Subsidiarität der Amtshilfe gegenüber der Datenerhebung beim Betroffenen

[Rz 148] Gibt es einen datenschutzrechtlichen Grundsatz der *Datenerhebung beim Betroffenen*?<sup>219</sup> Weder das DSG noch das KDSG BE kennen einen solchen Grundsatz. Das eidgenössische Recht sieht immerhin vor, dass die Beschaffung von Personendaten für die betroffene Person erkennbar sein muss (Art. 4 Abs. 4 DSG). Diesem Grundsatz «wird am besten nachgelebt, wenn die Daten *bei der betroffenen Person selber* erhoben werden. Aber auch eine Erhebung bei Dritten ist zulässig, sofern die betroffene Person ausreichend darüber informiert wird.»<sup>220</sup> Dabei darf man voraussetzen, dass die betroffene Person die Gesetze kennt (allgemeine Gesetzeskenntnis).<sup>221</sup> Das Berner Gesetz weist dagegen eine andere Stossrichtung auf und sieht bei der verwaltungsinternen Datenbeschaffung von einem Vorrang der Datenbeschaffung bei der betroffenen Person ab (Art. 9 Abs. 2 KDSG BE).<sup>222</sup>

[Rz 149] Der Grundsatz der Datenerhebung beim Betroffenen hat insofern «verfassungsrechtliche Wurzeln»<sup>223</sup>, als er Anliegen von Art. 13 Abs. 2 BV umsetzt und namentlich die Transparenz des staatlichen Umgangs mit Personendaten fördert und individuelle Einflussmöglichkeiten sichert. Allerdings kann der Grundsatz auch zu Missverständnissen führen, weil er nahe legt, dass eine staatliche Datenbeschaffung das Einverständnis oder doch zumindest die tatsächliche Kenntnis der betroffenen Person *voraussetze*. Die Vorstellung eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung wirkt hier nach. Nach unserer Auffassung verstösst staatliches Datenbearbeiten nicht schon deswegen gegen Art. 13 Abs. 2 BV, weil die betroffene Person keine Kenntnis davon hat. Richtigerweise verlangt Art. 13 Abs. 2 BV, dass staatliche Behörden Personendaten nicht bearbeiten dürfen, ohne

<sup>212</sup> DREHER, Diss., S. 111; KEHL-ZELLER, Diss., S. 52; SIMON, Diss., S. 119 ff., insb. S. 121.

<sup>213</sup> Zu restriktiv SIMON, Diss., S. 121; DREHER, Diss., S. 106 ff.; vgl. demgegenüber die Regelung in § 5 VwVfG; WETTNER, Diss., S. 250 ff., zum gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz interadministrativer Verhältnismässigkeit: Die Verwaltungseffizienz sei ein «spezifischer Kooperationszweck»: «Trotz rechtlich und tatsächlich möglicher eigener Massnahmen, kann die Durchführung im Wege der Amtshilfe effizienter und die Selbstvornahme zur Erreichung grösstmöglicher Effizienz im Gemeinschaftsinteresse daher weniger wirksam sein.» (S. 253).

<sup>214</sup> Vgl. zum deutschen Recht VwVfG-KOPP/RAMSAUER, § 5 N 13.

<sup>215</sup> HANGARTNER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 39 f.; MEYER-BLASER, Diss., S. 11 ff.

<sup>216</sup> Art. 5 Abs. 3 BV; statt vieler BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 5 N 22 ff. Vgl. für Deutschland DREHER, Diss., S. 106 ff., ohne Bezugnahme auf den Grundsatz von Treu und Glauben.

<sup>217</sup> Die um Amtshilfe ersuchte Behörde kann für ihre Tätigkeit keinen Kosten-, evt. aber einen Auslagenersatz verlangen, dazu DREHER, Diss., S. 129 ff.; vgl. die entsprechende Regelung in § 8 D-VwVfG. Es gilt der Grundsatz, dass die zur Amtshilfe verpflichtete Behörde im Zweifel ihre Kosten selbst zu tragen hat, vgl. GÄCHTER/EGLI, VwVG-Kommentar, Art. 43 N 11.

<sup>218</sup> DREHER, Diss., S. 108.

<sup>219</sup> Klar bejaht für das deutsche Recht: § 4 BDSG; nach ALBERS, Habil., S. 579 ff.

<sup>220</sup> Botschaft DSG, S. 468 (Hervorhebung im Original). Das Gebot der Erkennbarkeit der Datenbeschaffung (Transparenzgebot) galt schon vor der Revision des DSG per 1. Januar 2008 für die Beschaffung von Personendaten durch Bundesorgane (aArt. 18 DSG), vgl. BSK DSG-WALTER, 1. Aufl., Art. 18 N 10; BSK DSG-JÖHRI/STUDER, Art. 18 N 15. Im Bericht DSG, S. 127, wurde dagegen die Auffassung vertreten, dass der entsprechende Art. 20 E-DSG (Beschaffen von Personendaten) nicht das Beschaffen von Informationen aus den Datenbeständen anderer Verwaltungsstellen betreffe.

<sup>221</sup> Botschaft DSG, S. 451 (zur Zweckänderung); JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 18 N 27.

<sup>222</sup> Vortrag KDSG BE, S. 4.

<sup>223</sup> ALBERS, Habil., S. 582.

dass der Gesetzgeber ihnen die Befugnis hierzu eingeräumt hat.<sup>224</sup>

[Rz 150] Derart ins rechte Licht gerückt sind *datenschutzrechtliche Informationsrechte bzw. Benachrichtigungspflichten* immer dort verfassungsrechtlich fundiert, wo sie individuelle Kenntnismöglichkeiten und Einflusschancen sichern oder wo sie die Transparenz staatlichen Datenbearbeitens fördern, indem sie (notwendigerweise) unbestimmt gehaltene gesetzliche Regelungen ausgleichen (z.B. Art. 97 Abs. 2 AuG). Zu berücksichtigen sind hier aber stets auch tradierte Rechtsinstrumente wie etwa verfahrensrechtliche Mitwirkungsrechte (rechtliches Gehör), die den datenschutzrechtlichen Einrichtungen diesbezüglich funktional äquivalent sein können.

[Rz 151] Wer unzulässige Abstriche am Datenschutz befürchtet sollte bedenken, dass die grundsätzliche Unerheblichkeit des Einverständnisses bzw. der Kenntnis des betroffenen Privaten auch eine Kehrseite aufweist: Staatliche Behörden können sich grundsätzlich nicht dadurch Datenbearbeitungsbefugnisse einräumen, dass sie das Einverständnis bzw. die Vollmacht des Betroffenen einholen. Massgeblich ist das Gesetz, nicht der Wille der betroffenen Person. Nur soweit Benachrichtigungspflichten eine zulässigerweise unbestimmt gehaltene gesetzliche Regelung ausgleichen, kann das Einverständnis bzw. die Kenntnisnahme durch den Betroffenen eine ungenügende gesetzliche Grundlage kompensieren. Hier weisen die geltenden Datenschutzgesetze mitunter erhebliche Schutzdefizite auf, indem sie zu stark auf das Einverständnis des Betroffenen abstellen.<sup>225</sup>

[Rz 152] So lässt sich auch die immer wieder auftauchende Frage nach den zulässigen Zweckänderungen staatlichen Datenbearbeitens lösen. Letztlich wird nach richtiger Auslegung sowohl beim DSG<sup>226</sup> als auch beim KDSG BE nur verlangt, dass keine Unvereinbarkeit der Zwecke vorliegt («Zweckkompatibilität»). (Leer-)Formeln wie die Frage, mit welchen Zweckänderungen die betroffene Person «nach Treu und Glauben» rechnen musste, sollten nicht darüber hinwegtäuschen, dass es auch hier nicht auf das Einverständnis oder die Kenntnis der betroffenen Person ankommen kann<sup>227</sup> – es

sei denn, die Behörden sichern den Privaten ausdrücklich einen bestimmten Verwendungszweck zu.

[Rz 153] Der Vertrauensschutz (Art. 9 BV) wird überdehnt, wenn die betroffene Person «im Prinzip darauf vertrauen können [soll], dass die Angaben, die sie einer Amtsstelle macht, grundsätzlich nur zu dem Zweck verwendet werden, für den sie erhoben worden sind.»<sup>228</sup> Letztlich würde man damit ein allgemeines Datenschutzgeheimnis stipulieren, welches von Art. 13 Abs. 2 BV nicht gefordert wird. Staatliches Datenbearbeiten geht nicht per se mit einem Anspruch auf Vertraulichkeit einher. Hierzu bedarf es besonders begründeter Schutzpositionen.<sup>229</sup> Entgegen einem Teil der Lehre lässt etwa das DSG nach seinem Wortlaut Zweckänderungen im Bereich staatlicher Datenbearbeitung relativ grosszügig zu (Art. 4 Abs. 3 DSG).<sup>230</sup>

### 3. Grundrechtlich-strukturelle Schranken

#### a) Strukturelle Ebene: Anforderungen nach Art. 13 Abs. 2 BV

[Rz 154] Art. 13 Abs. 2 BV setzt auf einer ersten, strukturellen Ebene voraus, dass Daten- und Informationsflüsse sachgerecht und transparent geregelt werden. Diese Garantie zielt auf formelles Recht ab und gibt vor, wie der Staat zu verfahren bzw. sich zu organisieren hat. Sie ist bei der informationellen Kooperation das Scharnier zwischen materiellem und formellem Recht, zwischen Grundrechtsschutz und Verfahrens- bzw. Organisationsrecht.

[Rz 155] Soweit es um den Austausch personenbezogener Daten und Informationen geht, haben Amtshilfebestimmungen stets die Anforderungen von Art. 13 Abs. 2 BV zu erfüllen. Allgemeine Amtshilfevorschriften wie Art. 10 VRPG BE genügen bereits diesen «strukturellen» Anforderungen nicht, da sie keine transparenten und sachgerechten Daten- und Informationsflüsse gewährleisten.

[Rz 156] Auf dieser ersten Ebene setzen die allgemeinen Datenschutzgesetze von Bund und Kantonen an. Ihr Ziel ist es, die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 13 Abs. 2 BV auf Gesetzesstufe umzusetzen. Die Datenschutzgesetze enthalten unter anderem Amtshilfebestimmungen, die auf

<sup>224</sup> Vgl. HONSELL, Gefährdungshaftung, Fn. 23.

<sup>225</sup> Vgl. z.B. Art. 17 Abs. 2 lit. c und Art. 19 Abs. 1 lit. b DSG, die nach der Auslegung von JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 17 N 52 und 80, die Einwilligung des Betroffenen *alternativ* zu einer spezialgesetzlichen Grundlage genügen lassen. Anders die Regelung im Berner Recht, wo durchwegs verlangt wird, dass das Bearbeiten zumindest der Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe dient (Art. 5 Abs. 1 KDSG BE).

<sup>226</sup> Botschaft DSG, S. 471 f.; JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 19 N 15.

<sup>227</sup> Zur Ableitung der Zweckbindung aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung vgl. ALBERS, Habil., S. 509; FORGÓ/KRÜGEL/RAPP, Zwecksetzung, S. 22 ff. und S. 37 ff., die den Datenschutz nach eigener Auffassung «sehr individualistisch» konzipieren (S. 37) und dem Einzelnen das Recht einräumen, den Verwendungszweck der Datenbearbeitung selbst zu bestimmen; zu Recht ablehnend ALBERS, Umgang, N 123 Fn. 391.

<sup>228</sup> Bericht DSG, S. 122.

<sup>229</sup> Letztlich scheint auch die eben zitierte Stelle im Bericht DSG diesen Vertraulichkeitsinteressen Rechnung tragen zu wollen, Bericht DSG, S. 122 f.

<sup>230</sup> Botschaft DSG, S. 451: «Eine Zweckänderung ist immerhin dann erlaubt, wenn sie in einem Rechtssatz vorgesehen ist. So kann etwa eine Behörde durch Rechtssatz ermächtigt werden, auf den Datenbestand einer andern Behörde Zugriff zu nehmen. Diese Ausnahme erscheint gerechtfertigt, weil ihr erstens ein Entscheid eines demokratisch legitimierten Gesetzgebers zugrunde liegt und zweitens die betroffene Person wegen der Öffentlichkeit der Gesetzestexte von einer solchen Zweckänderung grundsätzlich Kenntnis hat.»



den Daten- und Informationsaustausch zugeschnitten sind. Beispiele sind Art. 19 DSGVO und Art. 10 KDSG BE.

#### b) Individualrechtliche Ebene: Aufgaben-Befugnis-Zusammenhang

[Rz 157] Bei Eingriffen in die individualrechtlichen Teilgehalte des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes gelten verschärfte Anforderungen an die Rechtsgrundlage: Einschränkungen bedürfen einer genügend bestimmten gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Der Gesetzgeber muss sowohl die Aufgaben als auch die Befugnisse normieren, beide aufeinander beziehen und im Zusammenhang miteinander regeln.<sup>231</sup> Die Verwaltung darf die Befugnisse (zu Grundrechtseingriffen) nur und genau so einsetzen, wie dies dem vom Gesetzgeber hergestellten Zusammenhang mit den Aufgaben entspricht.

[Rz 158] Amtshilfebestimmungen können eine genügende gesetzliche Grundlage bilden, um die bestehende gesetzliche Aufgaben-Befugnis-Ordnung (Kompetenzordnung) aufzubrechen und auf dem Wege der Amtshilfe einen neuen Aufgaben-Befugnis-Zusammenhang zu schaffen.<sup>232</sup> Angesprochen sind damit Konstellationen, in denen die Amtshilfe einen Grundrechtseingriff *eigenständig* rechtfertigt. Die Voraussetzungen an eine genügende gesetzliche Grundlage sind allerdings nur dann erfüllt, wenn die Amtshilfebestimmungen klar und bestimmt regeln, für welche Aufgaben welche Befugnisse eingesetzt werden dürfen. Dafür braucht es eine ausdrückliche Grundlage in einem Spezialgesetz.<sup>233</sup>

[Rz 159] Blickt man auf die informationelle Amtshilfe, fällt auf, dass es bei zahlreichen Konstellationen nicht um das Schaffen neuer Kompetenzen geht, solche Fälle aber durchaus vorkommen. Zu denken ist etwa an grundrechtsrelevante Methoden und Modi der Datenbeschaffung (z.B. heimliche Videoüberwachung). Möchte sich eine Behörde auf dem Wege der Amtshilfe Daten beschaffen, die auf eine Art und Weise gewonnen worden sind, zu der diese Behörde nicht befugt ist, braucht die Amtshilfe eine ausdrückliche spezialgesetzliche Grundlage. Die spezialgesetzliche Amtshilfebestimmung muss die ersuchende Behörde ausdrücklich ermächtigen, von der ersuchten Behörde Daten einzuholen, die auf die inkriminierte Art und Weise erhoben worden sind. Allgemeine Amtshilfebestimmungen wie etwa Art. 10 VRPG BE vermögen einen Grundrechtseingriff nicht selbständig zu rechtfertigen, da sie keinen bestimmten Aufgaben-Befugnis-Zusammenhang herstellen. Entsprechendes gilt für Amtshilfebestimmungen in allgemeinen Datenschutzgesetzen.

[Rz 160] Wie bereits kurz angetönt, bricht die informationelle

Amtshilfe die geltende Kompetenzordnung nur selten auf.<sup>234</sup> Das Schaffen neuer Kompetenzen ist die Ausnahme. In der Regel sind sowohl die ersuchende als auch die ersuchte Behörde nach ihrem jeweiligen Recht befugt, die zu übermittelnden Daten zu bearbeiten.<sup>235</sup> In diesen Konstellationen ist die *Form* der Datenbeschaffung, d.h. das Beschreiten des Amtshilfeweges statt der direkten Erhebung beim Betroffenen, zu problematisieren, nicht aber die Datenbeschaffung als Phase der Datenbearbeitung. Individualrechtliche Schutzgehalte sind hier in der Regel nicht betroffen, sondern es geht primär um Vorgaben formeller bzw. struktureller Natur (insb. Art. 13 Abs. 2 BV). Solange die Kompetenzordnung gewahrt bleibt, sind die individualrechtlichen Teilgehalte des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes nicht berührt.

[Rz 161] Mit Bezug auf die gesetzliche Grundlage bedeutet dies, dass die informationelle Amtshilfe immer dann einer spezialgesetzlichen Grundlage bedarf, wenn über die Amtshilfe neue Kompetenzen (Aufgaben-Befugnis-Zusammenhänge) geschaffen werden. Das Spezialgesetz muss ausdrücklich zur Schaffung neuer Kompetenzen ermächtigen. In allen anderen Fällen braucht es eine Amtshilfebestimmung, die eine sachgerechte und transparente Datenbearbeitung gewährleistet (Art. 13 Abs. 2 BV). Dies kann, je nach Umständen, auch eine Bestimmung in einem Querschnittsgesetz sein, das den Anforderungen von Art. 13 Abs. 2 BV genügt (Datenschutzgesetze). Allgemeine Amtshilfebestimmungen ohne Bezugnahme auf den Datenschutz, z.B. Art. 10 VRPG BE, reichen nicht aus.

## 4. Prüfungsrecht und Prüfungspflicht (Kognition)

[Rz 162] Einer Fragestellung kommt in der Praxis eine besondere Bedeutung zu:<sup>236</sup> Welche Behörde hat das Recht und die Pflicht zu prüfen, ob eine informationelle Amtshilfeleistung zu erbringen ist? Die ersuchende Behörde oder die ersuchte Behörde – oder beide?<sup>237</sup> Diese Fragen sind in Lehre und Praxis nur ansatzweise gelöst. Dabei geht es vor allem darum, den *Entscheidungsspielraum* einer Behörde im konkreten Fall abzustecken. Prüfungsrechte und -pflichten verschaffen bzw. erhöhen den Entscheidungsspielraum einer Behörde, mit all den damit verbundenen positiven und negativen Folgen. Entscheidungsspielräume bieten zum einen

<sup>231</sup> Dazu SCHLINK, Habil., S. 108 f.

<sup>232</sup> SCHLINK, Habil., S. 149 ff. Amtshilfe ist typischerweise das Einsetzen fremder Befugnisse für eigene Aufgaben bzw. eigener Befugnisse für fremde Aufgaben.

<sup>233</sup> SCHLINK, Habil., S. 149.

<sup>234</sup> Grundlegend anders betreffend staatliche Informationsakte SCHLINK, Habil., S. 169 ff., insb. S. 198 ff.

<sup>235</sup> Eine solche Befugnis zur Datenbearbeitung als solcher braucht es, da die Datenbeschaffung auf dem Wege der Amtshilfe nur eine Phase der Datenbearbeitung darstellt, auf die weitere Phasen folgen. Es würde wenig Sinn machen, einer Behörde die Befugnis einzuräumen, «sensible Daten» zu beschaffen, wenn sie diese dann nicht weiterbearbeiten dürfte.

<sup>236</sup> Nach DREHER, Diss., S. 120, «eine der wichtigsten Entscheidungen im Amtshilferecht».

<sup>237</sup> Dazu aus Sicht der Amtshilfe in der deutschen Dogmatik anschaulich z.B. DREHER, Diss., S. 119 ff.; SCHLINK, Habil., S. 255 ff.



die Chance, im Einzelfall unzulässige Amtshilfeleistungen zu unterbinden, zum anderen bergen sie die Gefahr, dass die Amtshilfe ungerechtfertigt verweigert wird.

[Rz 163] Vorliegend interessieren Konstellationen, in denen erstinstanzliche Verwaltungsbehörden eine Amtshilfeleistung (oder eine andere Zusammenarbeit) unter Berufung auf deren Unzulässigkeit verweigern. Dabei vermengen sich zwei dogmatische Probleme, die getrennt und abgestuft zu beantworten sind. Zunächst die Frage, welche Behörde nach amtshilferechtlichen Grundsätzen bzw. nach einfach-gesetzlichem Organisationsrecht die Zulässigkeit der Amtshilfe zu überprüfen hat. Der Gesetzgeber kann hier verschiedene Regelungen treffen: Er kann sich ausdrücklich zur Kognition äussern (was nicht allzu häufig geschieht) oder aber über mehr oder weniger bestimmte Befugnis- bzw. Verpflichtungsnormen die Entscheidungsspielräume der involvierten Behörden abstecken.

[Rz 164] Erst im Anschluss daran ist die zweite Frage zu prüfen, ob eine Behörde die Amtshilfeleistung im Einzelfall auch dann verweigern darf bzw. muss, wenn sie nach einfachgesetzlichem Recht zur Hilfeleistung verpflichtet ist und ihr der Gesetzgeber keinen Entscheidungsspielraum eingeräumt hat. Es geht hier um (vermeintliche oder tatsächliche) Konflikte zwischen einfach-gesetzlicher Regelung und übergeordnetem Recht und um die Frage, ob eine Behörde Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen auf ihre Konformität mit übergeordnetem Recht überprüfen darf bzw. muss. Das Problem wird in Lehre und Praxis unter dem Begriff der akzessorischen bzw. konkreten Normenkontrolle behandelt.

#### a) Welche Behörde prüft die Zulässigkeit der Amtshilfe?

[Rz 165] Soweit sich Lehre und Praxis überhaupt zur Kognition äussern, sind sie sich nicht einig, welcher Behörde nach amtshilferechtlichen Grundsätzen das Prüfungsrecht bzw. die Prüfungspflicht zusteht: der ersuchenden Behörde oder der ersuchten (oder beiden)? Dieses dogmatische Problem braucht hier nicht abschliessend geklärt zu werden, da es sich mit Blick auf das positive Recht, zumindest im Bereich des Datenschutzes, entschärfen lässt.

[Rz 166] Sofern das positive Recht der um Amtshilfe ersuchten Behörde ausdrücklich einen Entscheidungsspielraum einräumt oder eine blosser Befugnis (und keine Pflicht) zur Amtshilfe statuiert, verfügt die ersuchte Behörde bereits nach einfachem Gesetzesrecht über einen Entscheidungsspielraum, den sie pflichtgemäss auszuüben hat. Sie muss die angebehrte Amtshilfeleistung verweigern, wenn sie unverhältnismässig oder anderweitig rechtswidrig wäre. Sowohl das DSG als auch das KDSG BE räumen der ersuchten Behörde ausdrücklich Entscheidungsspielräume ein.<sup>238</sup>

[Rz 167] Anders sieht es aus, wenn das positive Recht eine Pflicht zur Amtshilfe statuiert und der ersuchten Behörde keinen ausdrücklichen Entscheidungsspielraum einräumt. Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der ersuchten Behörde richten sich hier nach allgemeinen amtshilferechtlichen Grundsätzen.<sup>239</sup> Die ersuchte Behörde darf und muss frei überprüfen, ob überhaupt ein Amtshilfefall vorliegt und ob die von ihr verlangte Handlung nach *ihrem* Recht zulässig ist. So darf die ersuchte Behörde einerseits Daten *unter dem Titel der Amtshilfe* nur dann bekannt geben, wenn die Anfrage einen «Ausnahmefall» betrifft: d.h. die ersuchende Behörde in einem konkreten Fall für einen bestimmten, «einmaligen» Zweck ein Amtshilfebegehren stellt (Verbot der «fishing expeditions»).<sup>240</sup> Andererseits darf die um Amtshilfe ersuchte Behörde die Daten nicht bekannt geben, wenn dies *nach ihrem Recht* unzulässig ist. Unzulässig ist die Datenbekanntgabe bei ausdrücklicher Amtshilfepflicht, wenn eine konkrete entgegenstehende Pflicht Vorrang beansprucht (Auslegungsfrage).<sup>241</sup>

[Rz 168] Dagegen ist es grundsätzlich nicht Sache der ersuchten Behörde nachzuprüfen, ob die ersuchende Behörde die angefragte Amtshilfeleistung für ihre Aufgabenerfüllung einsetzen darf. Dies lässt sich nur gestützt auf die Rechtsgrundlagen der ersuchenden Behörde überprüfen, für deren korrekte Anwendung die ersuchende und nicht die ersuchte Behörde zuständig und verantwortlich ist.<sup>242</sup> Selbst wenn eine Amtshilfeverpflichtung, z.B. Art. 97 Abs. 2 AuG, Amtshilfeverpflichtungen ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Verhältnismässigkeit stellt, darf daraus kein allgemeines Prüfungsrecht der um Amtshilfe ersuchten Behörde abgeleitet werden. Ansonsten könnte die positivrechtliche Amtshilfepflicht über die Prüfungsbefugnis der ersuchten Behörde unterlaufen werden.

[Rz 169] Der Gesetzgeber ist demnach dazu aufgerufen, über klare und spezifische gesetzliche Amtshilfebestimmungen die Zweifel über allfällige Entscheidungsspielräume zu beseitigen. Sofern in einem Spezialgesetz eindeutig geregelt ist, welche Daten unter dem Titel der Amtshilfe von einer Behörde an eine andere zu liefern sind, wird der Prüfungsgegenstand derart präzise gefasst, dass der ersuchten Behörde

---

umfassende Interessenabwägung, Art. 19 Abs. 4 lit. a DSG. Das Berner Datenschutzgesetz sieht zwar grundsätzlich eine Pflicht zur Amtshilfe vor, Art. 10 Abs. 1 lit. b KDSG BE, behält aber ebenfalls eine umfassende Interessenabwägung vor, Art. 14 Abs. 1 KDSG BE.

<sup>239</sup> Das sind sachgerechte Kriterien, die aus dem Institut der Amtshilfe zu entwickeln sind.

<sup>240</sup> Vgl. Art. 19 DSG; JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 19 N 21 ff.

<sup>241</sup> Es handelt sich auch hier um eine freie Prüfung einer Voraussetzung der Amtshilfepflicht: Diese besteht nicht, wenn eine konkrete entgegenstehende Pflicht Vorrang beansprucht.

<sup>242</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 1 DSG: «Für den Datenschutz ist das Bundesorgan verantwortlich, das die Personendaten *in Erfüllung seiner Aufgaben* bearbeitet oder bearbeiten lässt.» (Hervorhebung beigelegt).

<sup>238</sup> Art. 19 DSG sieht bewusst keine Pflicht, sondern nur eine Befugnis zur Amtshilfe vor, Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG, und verlangt zusätzlich eine

trotz Prüfungsbefugnis kaum mehr Entscheidungsspielräume verbleiben.

## b) Konkrete Normenkontrolle

[Rz 170] Dass die ersuchte Behörde unter Umständen zur Vornahme einer Handlung verpflichtet ist, die gegen übergeordnetes Recht, namentlich gegen die Grundrechte betroffener Bürger verstösst, mag Besorgnis erregen und führt über zur Frage nach der Zulässigkeit einer konkreten Normenkontrolle durch erstinstanzliche Verwaltungsbehörden.

[Rz 171] Vorweg ist zu betonen, dass es nicht um die Frage der Zulässigkeit einer Handlung geht, sondern um die Kognition der beteiligten Behörden. Dass eine Behörde die Verantwortung für den Verstoss gegen übergeordnetes Recht trägt, ist unstrittig. Die Frage ist nur, welche Behörde es sein soll. Wäre der Tatbestand (Verstoss gegen übergeordnetes Recht) stets klar und deutlich zu erstellen, bestünde wohl wenig Grund, für eine weite Kognition der Behörden zu plädieren. Doch das Gegenteil trifft zu. Man denke nur an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV), dessen Plausibilität ziemlich direkt mit seiner Unanwendbarkeit korreliert (NIKLAS LUHMANN). Im Regelfall dürfte unklar sein, ob tatsächlich ein Verstoss gegen übergeordnetes Recht vorliegt. Es stellt sich damit vordringlich die Frage, welche Behörde in der Lage ist, diese schwierigen Auslegungsfragen vorzunehmen.

[Rz 172] Die Berner Kantonsverfassung behält die konkrete Normenkontrolle nach dem Wortlaut von Art. 66 Abs. 3 KV BE den Justizbehörden vor. Darunter fallen auch Verwaltungsbehörden, sofern sie als Rechtsmittelinstanzen tätig sind (Verwaltungsjustizbehörden).<sup>243</sup> Erstinstanzliche Verwaltungsbehörden werden nicht erwähnt. Der Wortlaut ist allerdings zu eng. Nach den Materialien wollte der Verfassungsgeber die Frage nicht abschliessend regeln, sondern Gesetzgeber und Praxis überlassen.<sup>244</sup>

[Rz 173] MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG<sup>245</sup> zeigen einen praktikablen Lösungsansatz auf, indem sie erstinstanzlichen Verwaltungsbehörden grundsätzlich das Recht auf konkrete Normenkontrolle absprechen, dabei aber offensichtliche Grundrechtsverstösse vorbehalten. Die Beschränkung der Kognition auf eine «Willkürprüfung» (Art. 9 BV) überzeugt. Zurückhaltung ist angebracht. Allzu restriktiv dürfte aber die Auffassung sein, dass nur Grundrechtsverletzungen und nicht das gesamte übergeordnete Recht als Prüfmasstab dienen.

[Rz 174] Stellt die Behörde fest, dass eine einfachgesetzliche Bestimmung im konkreten Fall offensichtlich gegen übergeordnetes Recht verstösst, darf sie die Bestimmung

nicht anwenden. Auf Bundesebene sind die Schranken des Anwendungsgebots von Art. 190 BV zu beachten.

## c) Prüfungsschema zur Kognition

[Rz 175] 1. Ersuchende Behörde oder ersuchte Behörde?

- Ersuchende Behörde: umfassende Kognition
- Ersuchte Behörde: siehe Ziff. 2.

2. Besteht nach positivem Recht eine blosser Befugnis (und keine Pflicht) zur Amtshilfe oder hat der Gesetzgeber trotz Pflicht zur Amtshilfe ausdrücklich einen Entscheidungsspielraum eingeräumt?

- Falls ja: freie Prüfung im Rahmen der eingeräumten Entscheidungsspielräume
- Falls nein: siehe Ziff. 3.

3. Abgestufte Kognition:

- Freie Prüfung («volle Kognition»), ob
  - a. ein Amtshilfesituation vorliegt und
  - b. angebehrte Handlung nach eigenem Recht zulässig ist.
- Eingeschränkte Prüfung («Willkürkognition»), ob die angebehrte Handlung offensichtlich gegen übergeordnetes Recht verstösst.

## D. Geheimnisvorschriften

### 1. Allgemeine Geheimnisvorschriften

#### a) Verhältnis von Strafrecht und öffentlichem Recht

[Rz 176] Geheimnisbestimmungen finden sich über die gesamte Rechtsordnung verteilt. Das Zusammenspiel dieser Bestimmungen ist entsprechend komplex. Mit Blick auf den Datenaustausch sind darüber hinaus all jene Bestimmungen zu beachten, die eine Geheimnisoffenbarung unter Behörden oder zwischen Behörden und Privaten im konkreten Fall zulassen (z.B. Meldepflichten und -rechte; Auskunftspflichten und -rechte). Eine umfassende Darstellung der Geheimnisbestimmungen und ihrer Durchbrechungen würde den Rahmen des Gutachtens bei weitem sprengen. Hier interessieren nur die Grundsätze des Geheimnisrechts und deren Anwendung auf den Bereich des Datenaustauschs in der Sozialhilfe. Im Vordergrund steht dabei das Verhältnis des strafrechtlichen zum übrigen Geheimnisrecht, so etwa die Frage, ob das strafrechtliche Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB) einer datenschutzkonformen Amtshilfe entgegenstehen kann.

[Rz 177] Abstrakter gefasst berührt diese Frage das grundsätzliche Verhältnis zwischen Strafrecht und übriger Rechtsordnung. Schliessen zivil- und öffentlich-rechtliche Erlaubnisse und Eingriffsrechte die strafrechtliche Rechtswidrigkeit

<sup>243</sup> BOLZ, Kommentare, Art. 66 N 8; Art. 2 Abs. 3 VRPG BE.

<sup>244</sup> BOLZ, Kommentare, Art. 66 N 9.

<sup>245</sup> Art. 51 N 4.

eines tatbestandsmässigen Verhaltens aus?<sup>246</sup> Die Frage ist richtigerweise vorbehaltlos zu bejahen.<sup>247</sup> Gründe hierfür sind die subsidiäre bzw. fragmentarische Natur des Strafrechts, das immer nur «ultima ratio» staatlichen Handelns sein sollte, und der unerträgliche Wertungswiderspruch, den eine andere Regelung mit sich brächte.<sup>248</sup>

[Rz 178] Daraus folgt, dass der Entscheid des Strafgesetzgebers über die Strafwürdigkeit eines Verhaltens voraussetzt, dass dieses auch anderweitig in der Rechtsordnung nicht gebilligt wird.<sup>249</sup> Das Strafrecht hat eine «offene Flanke»: Es hängt von den Wertungen in der übrigen Rechtsordnung ab, die im Laufe der Zeit ändern können. Die Straftatbestände haben sich ins Wertungsgefüge der übrigen Rechtsordnung einzupassen. Folglich lässt sich eine Kollisionsregel formulieren, nach welcher positive Wertungen anderer Rechtsgebiete für den Strafgesetzgeber und -anwender bindend sind.<sup>250</sup> Dies kommt in der Strafrechtsdogmatik in vielfältiger Weise zum Ausdruck, am offensichtlichsten in Art. 14 StGB, aber auch in der Anerkennung von Rechtfertigungsgründen, die Güter- oder Interessenkollisionen betreffen und damit auf ausserstrafrechtliche Massstäbe verweisen.<sup>251</sup>

[Rz 179] Nach Art. 14 StGB verhält sich rechtmässig, wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, auch wenn die Tat nach dem StGB oder einem anderen Gesetz mit Strafe bedroht ist. Nicht selten hebt die Lehre die deklaratorische Natur dieser Anordnung hervor.<sup>252</sup> Trotzdem bezweifelt ein erheblicher Teil der Lehre den Vorrang ausserstrafrechtlicher Gebote und Erlaubnisse mit dem Argument, dass Art. 14 StGB offen lasse, «in welchen Fällen das gebietende bzw. erlaubende, in welchen das verbietende Gesetz den Ausschlag gibt.»<sup>253</sup> Dies müsse im konkreten Fall entschieden werden.

<sup>246</sup> Formulierung nach ROXIN, Strafrecht, § 14 N 31.

<sup>247</sup> ROXIN, Strafrecht, § 14 N 32; vgl. BSK-StGB-I-SEELMANN, Art. 14 N 1 ff.; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 214; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 88 ff.

<sup>248</sup> ROXIN, Strafrecht, § 14 N 32, zur Rechtslage in Deutschland vgl. ferner eingehend: FELIX, Habil., S. 294 ff., die den Ausschluss der Strafbarkeit verfassungsrechtlich aus dem Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Rechtssicherheit ableitet.

<sup>249</sup> FELIX, Habil., S. 306 ff.

<sup>250</sup> FELIX, Habil., S. 314.

<sup>251</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar, vor Art. 14 ff. N 5; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 58 ff.

<sup>252</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar, Art. 14 N 1; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 89 f.; BSK-StGB-I-SEELMANN, Art. 14 N 1.

<sup>253</sup> TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Praxiskommentar, Art. 14 N 1; ferner noch zu Art. 32 aStGB z.B. HAEFLIGER, Rechtmässigkeit, S. 29 f., SCHULTZ, Einführung, S. 154; WAIBLINGER, Rechtfertigungsgründe, Ziff. 12 f., nach welchem jedoch meist nur scheinbare Widersprüche vorliegen; a.M. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 214: «Das Strafgesetzbuch darf kein Verhalten mit Strafe belegen, welches durch eine Bestimmung aus einem anderen Rechtsgebiet ausdrücklich erlaubt wird.»; BSK-StGB-I-SEELMANN, Art. 14 N 3: «Schliesslich kann nicht strafbar sein, was das Recht (in anderen Vorschriften) ausdrücklich erlaubt.»; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 88: «(...) ein Verhalten, das durch irgendeine Norm des geltenden Rechts für zulässig erklärt wird, [kann] strafrechtlich nicht verboten sein.»

Eine solch weitgehende Relativierung lässt sich jedoch weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn und Zweck der Bestimmung vereinbaren.

[Rz 180] Ein weiterer Problemkreis erschliesst sich mit Blick auf das Verhältnis von Bundesstrafrecht und kantonalem Recht. Nach Haeffliger<sup>254</sup> gilt Art. 14 BV nur innerhalb der Schranken, die durch den Satz «Bundesrecht bricht kantonales Recht» (Art. 49 Abs. 1 BV) gezogen sind. Lehre und Praxis stimmen dem grösstenteils zu, indem sie die Grundsätze für das Verhältnis zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichen Recht entsprechend auf das Bundesstrafrecht anwenden. Kantonales öffentliches Recht hat demnach Bestand, sofern (1) der Bundesstrafgesetzgeber keine abschliessende Ordnung getroffen hat, (2) die kantonalen Bestimmungen einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse dienen und (3) nicht gegen Sinn und Geist des Bundesstrafrechts verstossen oder dessen Durchsetzung vereiteln.

[Rz 181] Damit räumen Lehre und Praxis der Kollisionsregel von Art. 49 Abs. 1 BV den Vortritt vor der Kollisionsregel des Art. 14 StGB ein. Dies überzeugt u.E. nicht, da Art. 49 Abs. 1 BV voraussetzt, dass ein Widerspruch zwischen kantonalem öffentlichem Recht und Bundesstrafrecht besteht – eine Voraussetzung, die hier nicht vorliegt, da das Bundesstrafrecht selbst ausserstrafrechtliche Rechtfertigungsgründe anerkennt und damit seiner subsidiären bzw. fragmentarischen Natur Rechnung trägt.<sup>255</sup>

[Rz 182] Die herrschende Auffassung stützt sich vor allem auf die Regelung des straflosen Schwangerschaftsabbruchs («Fristenregelung» nach Art. 119 StGB).<sup>256</sup> Dabei handelt es sich um einen Spezialfall. Art. 119 StGB regelt einlässlich einen (straf-)gesetzlichen Rechtfertigungsgrund. Die Bestimmung enthält Vorschriften verwaltungsrechtlicher Natur im Gewande des Strafrechts<sup>257</sup> und konkretisiert die grundrechtliche Werteordnung (Spannungsfeld zwischen Recht auf Leben und Recht auf persönliche Freiheit). Daran haben sich die Kantone zu halten. Die eigentlichen Strafbestimmungen sind in den flankierenden Art. 118 und 120 StGB enthalten. Der Vorrang von Art. 119 StGB gegenüber kantonalem öffentlichem Recht ist somit kein Ausnahmefall zu Art. 14 StGB, da es sich um eine Kollision von Bestimmungen verwaltungsrechtlicher Natur handelt.

<sup>254</sup> Haeffliger, Rechtmässigkeit, S. 34.

<sup>255</sup> FELIX, Habil., S. 313. Die Kollision der Kollisionsregeln (Art. 14 StGB vs. Art. 49 Abs. 1 BV) kann letztlich nur wertend, nicht «logisch» gelöst werden. Das Bundesstrafrecht ist aufgrund seiner subsidiären Natur ein Spezialfall zur allgemeinen Regel des Art. 49 Abs. 1 BV.

<sup>256</sup> BGE 129 I 402 E. 3.1 S. 405; 114 Ia 452 E. 2a S. 458; 101 Ia 575 E. 4a S. 580.

<sup>257</sup> BGE 101 Ia 575 E.4 S. 580 ff. (zu Art. 120 aStGB): «(...) il consacre une solution de compromis que, d'après la doctrine et la jurisprudence, doit régler exhaustivement la question, en ce qui concerne tant les motifs de *droit matériel* justifiant la non-punissabilité de l'interruption de grossesse que les mesures d'*ordre administratif* à prendre en vue d'éviter d'éventuels abus (...).» (Hervorhebung beigelegt).

[Rz 183] Anders sieht es etwa bei Art. 320 StGB aus. Auch dort regelt das Strafgesetz einen besonderen Rechtfertigungsgrund: die Einwilligung der vorgesetzten Behörde (Art. 320 Ziff. 2 StGB). Dieser Rechtfertigungsgrund hat aber rein strafrechtliche Wirkung und wurde mit Blick auf die Unsicherheit über die materielle Rechtslage getroffen. Art. 320 Ziff. 2 StGB lässt es gerade offen, ob die Geheimnisoffenbarung materiell-rechtlich gerechtfertigt ist.

[Rz 184] Diese beiden Beispiele zeigen, dass eine strafgesetzliche Regelung Unterschiedliches bedeuten kann. Es bleiben also stets (Auslegungs-)Fragen offen.

[Rz 185] Im «Kernbereich» des Strafrechts bleibt dessen offene Flanke in aller Regel verborgen. Die übrige Rechtsordnung billigt etwa eine vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB) oder einen Diebstahl (Art. 139 StGB) nur in eng begrenzten Ausnahmefällen. Anders sieht es an der «Peripherie» des Strafrechts aus.<sup>258</sup> Dazu zählen vorab Tatbestände des Nebenstrafrechts, z.B. Art. 35 DSG, aber auch die Geheimnisbestimmungen der Art. 320 und Art. 321 StGB. Hier bestimmt sich die Rechtswidrigkeit anerkanntermassen in einem weiten Umfang nach rechtlichen Vorgaben ausserhalb des Strafrechts. Mit dem Erfordernis der «unbefugten» Datenbekanntgabe enthält Art. 35 DSG bereits im Tatbestand einen expliziten Verweis auf die übrige Rechtsordnung. Die Tathandlungen der Art. 320 und Art. 321 StGB (Offenbaren eines Geheimnisses) sind dagegen derart weit gefasst, dass sie mit Blick auf die übrige Rechtsordnung alles andere als selbstverständlich sind. Darüber hinaus ist es nicht Sache des Strafgesetzgebers, Amts- bzw. Berufspflichten festzulegen.

[Rz 186] Die Anerkennung ausserstrafrechtlicher Rechtfertigungsgründe führt dazu, dass sich das Strafrecht mit schwierigen Auslegungsproblemen aus anderen Rechtsbereichen zu befassen hat. So kann es sehr schwierig sein zu beurteilen, ob privat- bzw. öffentlich-rechtliche Normen ein bestimmtes Verhalten, z.B. eine Geheimnisoffenbarung, zulassen oder nicht. Die unübersichtliche Vielzahl zivil- und öffentlich-rechtlicher Geheimnisbestimmungen und ihrer Durchbrechungen kollidiert dabei mit dem Verbot unbestimmter Strafvorschriften (Art. 1 StGB).<sup>259</sup>

[Rz 187] Das Strafrecht kann auf diese (Rechts-)Unsicherheiten reagieren, indem es spezifische strafrechtliche Regelungen trifft (z.B. der erwähnte Art. 320 Ziff. 2 StGB). Die unbefriedigende Rechtslage ist aber auch Aufforderung an Zivil- und öffentliche Gesetzgeber, erlaubtes Verhalten (z.B. die Zulässigkeit des Offenbarens von Geheimnissen) soweit möglich klar gesetzlich zu regeln. Nur so lässt sich mit Sicherheit erreichen, dass dieses Verhalten nicht bestraft wird.<sup>260</sup>

<sup>258</sup> BSK DSG-RIKLIN, Art. 35 N 38; BSK DSG-ARZT, 1. Aufl., Art. 35 N 37.

<sup>259</sup> BSK DSG-RIKLIN, Art. 35 N 38; STRATENWERTH, AT I, § 4 N 14 ff.

<sup>260</sup> FELIX, Habil., S. 310; ROXIN, Strafrecht, § 14 N 31 f.; BSK-StGB-I-SEELMANN, Art. 14 N 3.

## b) Strafrechtliches Amts- und Berufsgeheimnis nach Art. 320 und 321 StGB

### (1) Täterkreis

[Rz 188] Als Täter einer Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB kommen Beamte nach Art. 110 Abs. 3 StGB und Mitglieder einer Behörde in Betracht. Der strafrechtliche Beamtenbegriff wirft einige Fragen auf und wird deshalb in einem separaten Abschnitt behandelt (nachstehend c).

[Rz 189] Dem strafrechtlichen Berufsgeheimnis unterstehen nach der abschliessenden Aufzählung<sup>261</sup> von Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB folgende Berufsangehörige und ihre Hilfspersonen:<sup>262</sup> Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Apotheker und Hebammen. Diese Liste ist aus rechtspolitischer Sicht klar lückenhaft.<sup>263</sup> Es gibt noch zahlreiche andere Beruf, deren sachgerechte Ausübung ein besonderes Vertrauensverhältnis zu den Vertragspartnern bedingt und bei denen die Schweigepflicht daher als fundamentale Berufspflicht erscheint. Dazu zählen etwa die Sozialarbeiter, Sozialpädagogen, Eheberater und nicht-ärztlichen Psychotherapeuten.

[Rz 190] Die Rufe nach einer Revision von Art. 321 StGB hat der Gesetzgeber unter Verweis auf die Datenschutzgesetzgebung abgelehnt. Berufsangehörige, die auf vertrauliche Daten angewiesen, jedoch nicht in Art. 321 StGB erwähnt sind, unterstehen heute dem Berufsgeheimnis nach Art. 35 DSG.<sup>264</sup>

### (2) Tatobjekt und Tathandlung

[Rz 191] Das Strafrecht schützt mit Art. 320 und 321 StGB Dienst- (Art. 320 StGB) und Privatgeheimnisse (Art. 320 und 321 StGB). Massgebend ist ein materieller Geheimnisbegriff. Unter ihn fallen sämtliche Tatsachen, die relativ unbekannt sind und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein schutzwürdiges Interesse hat, das er gewahrt wissen will.<sup>265</sup> Was Privatgeheimnisse betrifft, sind nicht sämtliche Personendaten materielle Geheimnisse. Geheimnisschutz ist nicht gleich Datenschutz.<sup>266</sup> Strafrechtlichen Schutz verdienen alle Tatsachen aus der höchstpersönlichen Sphäre, die man dem Einblick anderer legitimerweise zu entziehen

<sup>261</sup> Statt vieler BSK-StGB-II-OBERHOLZER, Art. 321 N 3; STRATENWERTH/BOMMER, StGB BT II, § 59 N 17; BGE 83 IV 194 S. 197.

<sup>262</sup> Studierende sind ebenfalls erfasst, Art. 321 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.

<sup>263</sup> STRATENWERTH/BOMMER, StGB BT II, § 59 N 17; TRECHSEL/Vest, Praxiskommentar, Art. 321 N 15 ff.

<sup>264</sup> So Botschaft DSG, S. 485; Botschaft Änderung StGB, S. 2150 ff., insb. S. 2151.

<sup>265</sup> STRATENWERTH/BOMMER, StGB BT II, § 59 N 5 und 18; BSK-StGB-II-OBERHOLZER, Art. 320 N 7, Art. 321 N 10.

<sup>266</sup> So ausdrücklich STRATENWERTH/BOMMER, StGB BT II, § 59 N 5 Fn. 5691, in Abgrenzung zu SPILLMANN.



pflegt.<sup>267</sup> Ob nur der Geheim-, oder auch der Privatbereich geschützt ist, kann hier offen bleiben.<sup>268</sup> Entscheidend ist, dass der materielle Geheimnisbegriff nicht sämtliche, sondern nur qualifizierte Personendaten erfasst. Recht besehen geht es um die strafrechtliche Absicherung des materiellen Persönlichkeitsschutzes, wie er öffentlich-rechtlich durch Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 BV und privatrechtlich durch Art. 28 ZGB garantiert ist.

[Rz 192] Die Tathandlung besteht im Zugänglichmachen materieller Geheimnisse an Unberufene.<sup>269</sup> Massgebliches Kriterium ist, ob «der Kreis der zum Wissen Berufenen tatsächlich überschritten» wird.<sup>270</sup> Zu diesem Kreis zählen beim Berufsgeheimnis etwa die Hilfspersonen und beim Amtsgeheimnis die Personen innerhalb einer Behörde (im Sinne einer Funktionseinheit).<sup>271</sup> Letztere allerdings nur, wenn eine dienstlich gerechtfertigte Bekanntgabe vorliegt.

[Rz 193] Eine Datenbekanntgabe kann nach zivil- und öffentlich-rechtlichen Vorschriften auch dann zulässig sein, wenn sie über den Kreis der zum Wissen Berufenen hinaus erfolgt. Im Regelfall liegt dann aus strafrechtlicher Sicht ein Rechtfertigungsgrund vor. Es kann mitunter schwierig sein zu beurteilen, ob eine zulässige Datenbekanntgabe tatbestandsausschliessend oder rechtfertigend wirkt.<sup>272</sup> Diese strafrechtsdogmatische Frage kann hier offen bleiben. Von Bedeutung ist einzig, dass eine zivil- und öffentlich-rechtlich zulässige Datenbekanntgabe kein strafrechtliches Unrecht darstellt.

### (3) Rechtfertigungsgrund der schriftlichen Einwilligung

[Rz 194] Von besonderem Interesse ist vorliegend der Rechtfertigungsgrund der schriftlichen Einwilligung der vorgesetzten Behörde bzw. der Aufsichtsbehörde nach Art. 320 Ziff. 2 und Art. 321 Ziff. 2 StGB. Er verschafft dem angefragten Geheimnisträger Rechtssicherheit. Denn vielfach stützen sich Auskunftersuchen auf sehr allgemein gefasste Bestimmungen, die eine Interessenabwägung erfordern. Entsprechend wird ein pflichtbewusster Geheimnisträger häufig zweifeln, ob er die Daten tatsächlich weitergeben bzw. das «Geheimnis offenbaren» darf. In diesen (Zweifels-)Fällen stellen die Art. 320 Ziff. 2 und 321 Ziff. 2 StGB klar, dass der Geheimnisträger rechtmässig handelt, wenn er eine schriftliche Einwilligung der vorgesetzten Behörde einholt.

[Rz 195] Doch ist dieser Rechtfertigungsgrund alles andere

als selbstverständlich, gerade mit Blick auf das geschützte Rechtsgut: Art. 320 und 321 StGB statuieren materielle, keine formellen Geheimhaltungspflichten,<sup>273</sup> lassen deren Verletzung aber über formelles Recht rechtfertigen.<sup>274</sup> Mit anderen Worten: Die vorgesetzte Behörde (resp. die Aufsichtsbehörde) ist in aller Regel nicht Geheimnisherr, vermag die Datenweitergabe des ihr unterstellten Geheimnisträgers aber zu rechtfertigen. Diese bemerkenswerte Regelung führt oft zu folgenden Fehlschlüssen:

[Rz 196]

- Fehlschluss 1: Es liegt keine Amtsgeheimnisverletzung vor, wenn die vorgesetzte Behörde zugestimmt hat. Richtig ist: Das Problem hat sich verschoben: Nun stehen die Beamten der vorgesetzten Behörde im Fokus des Strafrechts: Sie verletzen das Amtsgeheimnis, wenn sie Informationen freigeben, die sie nicht freigeben dürfen.

[Rz 197]

- Fehlschluss 2: Muss ein Beamter zur Datenweitergabe nach einschlägigem Verwaltungsrecht (inkl. Weisungen) die Zustimmung einer anderen Stelle (Vorgesetzter, Aufsichtsbehörde etc.) einholen, ist eine Datenbekanntgabe ohne Zustimmung strafbar. Richtig ist: Art. 320 StGB schützt nicht formelles Recht, d.h. den «ordentlichen Dienstweg» bzw. die behördeninterne Zuständigkeitsordnung.<sup>275</sup> Stehen dem Datenfluss von einer Behörde zu einer anderen keine materiellen Geheimhaltungspflichten entgegen, liegt keine Amtsgeheimnisverletzung vor – unabhängig davon, ob die verwaltungsintern zuständige Stelle zugestimmt hat oder nicht. Hier greift allenfalls Art. 293 (Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen) StGB.<sup>276</sup>

[Rz 198] Dies hat zur Folge, dass Art. 14 StGB als

<sup>267</sup> BGE 118 IV 41 E. 4a; STRATENWERTH/JENNY, StGB BT I, § 12 N 54; BSK DSG-RIKLIN, Art. 35 N 2.

<sup>268</sup> Vgl. dazu z.B. ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Art. 35 N 1.

<sup>269</sup> STRATENWERTH/BOMMER, StGB BT II, § 59 N 19.

<sup>270</sup> CIERNIAK, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 203 N 48.

<sup>271</sup> Das Amtsgeheimnis wird einer Behörde und nicht ihren Angestellten anvertraut.

<sup>272</sup> Häufig wird auch mit der Figur der (stillschweigenden) Einwilligung argumentiert, vgl. z.B. BSK-StGB-II-ÖBERHOLZER, Art. 321 N 16, m.w.H.

<sup>273</sup> Terminologie nach SCHLINK, Habil., S. 239 f., wobei die deutsche Rechtslage anders ist als die schweizerische.

<sup>274</sup> Vgl. BOHNERT, Amtsträger, S. 304: «Ob und was jemand sagen darf, richtet sich nach materiellem Recht; ob der Dienstvorgesetzte seine Genehmigung erteilt hat, ist formelles Recht. Formelles Recht kann die materielle Rechtslage nicht bestimmen.» Sofern eine klare gesetzliche Verpflichtung zur Amtshilfe vorliegt, mag dies sachgerecht sein, da es nicht strafbewehrte Pflicht des Beamten ist, Gesetzesbestimmungen auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen (Art. 14 StGB).

<sup>275</sup> So BGE 116 IV 56 E. II.1.b S. 65 f. «Fall Kopp»: Umgehung des Dienstwegs irrelevant, sofern Datenfluss materiell berechtigt; grundlegend a.M. DruEY, Information, S. 417 ff.

<sup>276</sup> «Wer, ohne dazu berechtigt zu sein, aus Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen einer Behörde, die durch Gesetz oder durch Beschluss der Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse als geheim erklärt worden sind, etwas an die Öffentlichkeit bringt, wird mit Busse bestraft.» Der Tatbestand schützt nach h.L. und Praxis vor der Veröffentlichung formeller Geheimnisse, vgl. ausführlich 126 IV 236 E. 2 S. 242 ff., m.w.H. «Veröffentlichen» meint Zugänglichmachen an einen grösseren Personenkreis, vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar, Art. 293 N 2.

Rechtfertigungsgrund dann eintritt, wenn das Verwaltungsrecht den Austausch materieller Geheimnisse zulässt. Dann steht das Strafrecht diesem Austausch nicht entgegen.

**c) Vertiefung: Strafrechtlicher Beamtenbegriff nach Art. 110 Abs. 3 StGB**

**(1) Funktionaler Ansatz mit eigenständigem Gehalt?**

[Rz 199] Der strafrechtliche Beamtenbegriff ist nach herrschender Lehre und Praxis funktionaler Natur. Wer staatliche Aufgaben erfüllt, ist «Beamter» im Sinne des Art. 110 Ziff. 3 StGB.<sup>277</sup> So macht es nach der Umschreibung von Donatsch/Wohlers<sup>278</sup> «keinen Unterschied, ob der Betreffende öffentlich- oder privatrechtlich angestellt ist, auf Amtszeit oder vorübergehend gewählt wurde sowie ob er haupt- oder nebenamtlich, besoldet oder ehrenamtlich tätig ist.» Ebenso unerheblich ist es, ob die staatliche Aufgabe «hoheitlicher Natur» ist.<sup>279</sup> Nicht nur das Ausüben hoheitlicher Befugnisse, sondern auch privatrechtliches oder rein tatsächliches Handeln kann staatlicher Aufgabenerfüllung dienen. Uneinig ist sich die Lehre, ob nur «Beamter» ist, wer in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Gemeinwesen steht, und Personen, die staatliche Aufgaben erfüllen, dabei aber nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Gemeinwesen stehen, als «Behördenmitglieder» zu qualifizieren sind. Die Frage kann hier offen bleiben, da Art. 320 StGB sowohl Beamte als auch Behördenmitglieder erfasst.

[Rz 200] Das Strafrecht orientiert sich bei seiner funktionalen Betrachtungsweise an den Einschätzungen des Staats- und Verwaltungsrechts. Dieses weist allerdings noch zahlreiche offene und strittige Punkte auf. Abstrakt und vereinfachend ausgedrückt liegt eine staatliche Aufgabe dann vor, wenn ein Tätigkeitsfeld durch Verfassung oder Gesetz dem Staat zugewiesen worden ist,<sup>280</sup> d.h. wenn und soweit der Staat nach geltendem Recht dafür zu sorgen hat, dass die Aufgabe tatsächlich erfüllt wird.<sup>281</sup> Nicht darunter fällt privatwirtschaftliches Handeln, das «bloss» im öffentlichen Interesse liegt,

etwa die private Tätigkeit von Anwälten und Ärzten, selbst wenn solche Tätigkeiten staatlich kontrolliert (z.B. Bewilligungspflicht, staatliche Aufsicht) und/oder finanziell gefördert werden (Subventionierung). Ebenfalls nicht erfasst sind private Tätigkeiten in einem Gebiet, auf dem auch der Staat auftritt. In einem konkreten Fall ist die Abgrenzung allerdings alles andere als einfach; die Kriterien sind im Einzelnen umstritten. Ob eine staatliche Aufgabe vorliegt, lässt sich für eine konkrete Tätigkeit immer erst gestützt auf die einschlägigen Erlasse beurteilen.

[Rz 201] Abgesehen von diesen Unsicherheiten im Staats- und Verwaltungsrecht ist offen, ob und inwiefern sich der strafrechtliche vom öffentlich-rechtlichen Aufgabenbegriff unterscheidet.<sup>282</sup> Man könnte durchaus berücksichtigen, dass Amtsdelikte spezifische Schutzgüter verletzen: das besondere Vertrauen, das die Öffentlichkeit den Amtshandlungen des Staates entgegenbringt, und das Interesse des Staates an einer zuverlässigen Amtsführung seiner Beamten.<sup>283</sup> Gerade im Grenzbereich staatlicher Aufgabenerfüllung, in dem der Staat mit echten Privaten kooperiert und diese nicht mit Hoheitsgewalt ausgestattet, müsste geprüft werden, ob diese Schutzgüter überhaupt tangiert sind.<sup>284</sup> Die Öffentlichkeit identifiziert privatrechtlich handelnde Private wohl nur im Ausnahmefall als staatliche Organe.

**(2) «Beamte» im Sozialhilfebereich**

[Rz 202] Die Sozialhilfe ist gemäss Art. 38 Abs. 1 KV BE ein Aufgabenbereich, in dem sowohl staatliche als auch private Akteure tätig sind. Sozialhilfe ist nicht alleinige Aufgabe des Staates.<sup>285</sup> Vielmehr sorgen Kantone und Gemeinden «zusammen mit öffentlichen und privaten Organisationen» für hilfsbedürftige Menschen. Dies weist darauf hin, dass neben dem Staat auch noch private Akteure im Bereich der Sozialhilfe tätig sind, ohne dass diese dadurch (ohne weiteres) zu staatlichen Aufgabenträgern werden.

[Rz 203] Der Bereich der individuellen Sozialhilfe nach Art. 22 ff. SHG BE ist gänzlich dem Staat zugewiesen. Nach der Regelung des SHG BE wird die individuelle Sozialhilfe abschliessend von den (inter-)kommunalen Sozialdiensten vollzogen.<sup>286</sup> Die Organisation des Sozialdienstes ist Sache

<sup>277</sup> BGE 121 IV 216 E. 3a S. 220 (ständige Rechtsprechung); 71 IV 139 E. 1 S. 144; 70 IV 213 E. II.1 S. 219; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar, Art. 110 N 4; zuweilen knüpft die Praxis jedoch stärker an ein persönliches Merkmal an und stuft Angestellte öffentlich-rechtlicher Verwaltungsträger als «Beamte» im strafrechtlichen Sinne ein, unabhängig davon, ob sie (unmittelbar) eine staatliche Aufgabe erfüllen, vgl. BGE 121 IV 216 E. 3 c/d (die Stellung des Amtsvormundes macht seine Pflichten zu solchen amtlicher Natur; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar, Art. 110 N 4; STRATENWERTH/BOMMER, StGB BT II, § 57 N 5.

<sup>278</sup> Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, S. 306.

<sup>279</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar, Art. 110 N 4; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, S. 306; BGE 121 IV 216 E. 3b; der Begriff «hoheitlicher Natur» ist unscharf, bezieht sich aber wohl weniger auf die Art der Aufgabe als auf die Form von deren Erfüllung, TSCHANNEN/ZIMMERLI, Verwaltungsrecht, § 4 N 2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 22 ff.

<sup>280</sup> TSCHANNEN, Staatsrecht, § 7 N 31; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, S. 41; HÄSLER, Diss., S. 72 ff.; ACHERMANN, Diss., S. 53.

<sup>281</sup> KIENER/KÄLIN, Grundrechte, S. 41; HÄNER, Grundrechtsgeltung, S. 1149.

<sup>282</sup> Die Frage wurde – soweit ersichtlich – in der Schweizer Lehre und Praxis noch nicht vertieft behandelt.

<sup>283</sup> Auf das Schutzgut (und nicht auf die staatliche Aufgabenerfüllung) stellte letztlich auch BGE 121 IV 216 E. 3d S. 222 f. ab und qualifizierte den Amtsvormund daher als Beamten im Sinne des Strafrechts; BGE 95 IV 113 E. 2b S. 117; 81 IV 285 E.I.3 290.

<sup>284</sup> So für Deutschland BURGI, Privatisierung, S. 49 f.

<sup>285</sup> BOLZ, Kommentare, S. 347 (Art. 38 N 4); vgl. die Subsidiaritätsklausel in Art. 30 Abs. 2 KV BE, vgl. dazu SALADIN/AUBERT, Sozialverfassung, S. 102 f.; nicht erwähnt bei COULLERY, Sozialhilferecht, N 91, der nur von einer gemeinsamen Aufgabe von Kantonen und Gemeinden (Verbundaufgabe) spricht, jedoch an anderer Stelle das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 9 SHG BE hervorhebt (N 100 ff.).

<sup>286</sup> COULLERY, Sozialhilferecht, N 140.

der Gemeinden (Art. 2 Abs. 1 SHV BE). Diese können den Sozialdienst auf eine private Trägerschaft (insb. Verein nach Art. 60 ff. ZGB) übertragen.<sup>287</sup> Dann liegt eine staatliche Aufgabenerfüllung durch Private vor. Eindeutiges Indiz hierfür ist die Verfügungsgewalt, die dem Sozialdienst zusteht (Art. 51 SHG BE).<sup>288</sup> Personen, die im Bereich der individuellen Sozialhilfe tätig sind, sind Beamte im strafrechtlichen Sinne.

[Rz 204] Weniger eindeutig ist die Rechtslage bei der institutionellen Sozialhilfe. Deren Leistungsspektrum ist in Art. 58 Abs. 1 SHG BE sehr offen umschrieben. Es liegt ein weites Tätigkeitsfeld vor, auf dem Kanton und Gemeinden nur subsidiär zur privaten Initiative tätig werden (Art. 9 Abs. 3 SHG BE; Art. 58 Abs. 2 SHG BE). Und selbst wenn der Staat tätig wird, greift er in aller Regel mittels Leistungsaufträgen und -vereinbarungen auf öffentliche und private Trägerschaften ausserhalb der Sozialhilfestruckturen zurück. Private Trägerschaften werden dadurch aber nicht ohne weiteres zu staatlichen Aufgabenträgern. So überträgt ihnen der Staat keine hoheitlichen Befugnisse; das Verfahren richtet sich nicht nach dem VRPG BE.<sup>289</sup> Sie agieren weiterhin privatrechtlich. Dies schliesst zwar nicht aus, dass sie eine staatliche Aufgabe erfüllen, doch sind privatrechtlich handelnde Privatrechtssubjekte nur mit grosser Zurückhaltung als staatliche Aufgabenträger einzustufen.<sup>290</sup>

[Rz 205] Trotz der beschriebenen Zurückhaltung ist zu beachten, dass laut ausdrücklicher Bestimmung in Art. 11 SHG BE die Sozialhilfe dann eine gemeinsame Aufgabe von Kanton und Gemeinden ist, wenn das Gesetz nichts anderes erwähnt. In Art. 58 Abs. 3 SHG BE wird weiter statuiert, dass die institutionellen Leistungsangebote bei ausgewiesenem Bedarf grundsätzlich allen Personen mit Wohnsitz und Aufenthalt im Kanton Bern zugänglich sein sollen. Zudem erhebt und analysiert die Gesundheits- und Fürsorgedirektion regelmässig den Bedarf an institutionellen Leistungsangeboten und nimmt die entsprechenden Planungen vor (Art. 59 Abs. 1

und 1 SHG BE). Trotz der teilweise privaten Trägerschaft der institutionellen Sozialhilfe übernehmen Kanton und Gemeinden damit von Gesetzes wegen die Verantwortung für die institutionelle Sozialhilfe. (Sinn gemäss) mit Coullery<sup>291</sup> dürfte damit davon auszugehen sein, dass auch die Mitarbeitenden der institutionellen Sozialhilfe aus strafrechtlicher Sicht als Beamte i.S.v. Art. 110 Abs. 3 StGB eingestuft werden sollten.

#### d) Berufsgeheimnis nach Art. 35 DSG

[Rz 206]

##### Art. 35 Verletzung der beruflichen Schweigepflicht

<sup>1</sup> Wer vorsätzlich geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile unbefugt bekannt gibt, von denen er bei der Ausübung seines Berufes, der die Kenntnis solcher Daten erfordert, erfahren hat, wird auf Antrag mit Busse bestraft.

<sup>2</sup> Gleich wird bestraft, wer vorsätzlich geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile unbefugt bekannt gibt, von denen er bei der Tätigkeit für den Geheimhaltungspflichtigen oder während der Ausbildung bei diesem erfahren hat.

<sup>3</sup> Das unbefugte Bekanntgeben geheimer, besonders schützenswerter Personendaten oder Persönlichkeitsprofile ist auch nach Beendigung der Berufsausübung oder der Ausbildung strafbar.

#### (1) Täterkreis

[Rz 207] Art. 35 DSG bezieht sich gemäss dem allgemeinen Geltungsbereich des DSG auf private Personen und auf Bundesorgane bzw. deren Angestellte. Nicht erfasst sind namentlich Angestellte kantonaler und kommunaler Behörden (Art. 2 Abs. 1 DSG).<sup>292</sup> Kommunale Sozialarbeiter fallen also nicht unter Art. 35 DSG.

[Rz 208] Ansonsten fasst die Bestimmung den Täterkreis sehr viel weiter als Art. 321 StGB.<sup>293</sup> Ein abschliessender Berufskatalog fehlt. Vorausgesetzt wird die Ausübung eines Berufes, der die Kenntnis geheimer, besonders schützenswerter Personendaten oder Persönlichkeitsprofile erfordert.<sup>294</sup> Dies trifft zweifellos auf Sozialarbeiter, Psychologen und weitere Berufe zu, die *typischerweise* die Kenntnis solcher Daten zur korrekten Berufsausübung benötigen.

[Rz 209] Unklar ist, ob auch Angehörige von Berufen darunter fallen, die solche Daten nur im Einzelfall benötigen (z.B. Coiffeur).<sup>295</sup> Mit Blick auf Sinn und Zweck von Art. 35 DSG

<sup>287</sup> Vortrag SHG BE, S. 18; z.B. Art. 8 Abs. 4 des Organisationsreglements der Einwohnergemeinde Saanen (Stand: 1. Januar 2009): «Der Gemeinderat überträgt dem Verein Sozialdienst Saanenland den Vollzug der individuellen Sozialhilfe gemäss dem kantonalen Gesetz über die Sozialhilfe.» Der Verein wurde allerdings per 31. Dezember 2008 aufgelöst, vgl. Aus dem Gemeinderat vom 31. Dezember 2008, abrufbar unter [www.saanen.ch/index.php?Aus\\_dem\\_Gemeinderat\\_31122008](http://www.saanen.ch/index.php?Aus_dem_Gemeinderat_31122008) (besucht am 23. Februar 2009).

<sup>288</sup> TSCHANNEN, Staatsrecht, § 7 N 42.

<sup>289</sup> Die Übertragung hoheitlicher Befugnisse bedarf einer expliziten gesetzlichen Grundlage, so MÜLLER, Verwaltungsrechtspflege, S. 14 f., m.w.H.; Art. 10 SHG BE (Rechtspflege nach VRPG BE) bezieht sich nach der Gesetzessystematik (I. Allgemeines) zwar auch auf die institutionelle Sozialhilfe. Doch dürften damit nur Streitigkeiten zwischen Leistungserbringer und Staat, nicht aber zwischen Leistungserbringer und -ansprecher gemeint sein, vgl. Vortrag SHG BE, S. 16; a.M. COULLERY, Sozialhilferecht, N 129 ff., der implizit von der Anwendbarkeit des VRPG BE ausgeht und das Verhältnis zwischen Leistungserbringer und -ansprecher als verwaltungsrechtlichen Vertrag qualifiziert.

<sup>290</sup> TSCHANNEN, Staatsrecht, § 7 N 47 ff.

<sup>291</sup> Coullery, Sozialhilferecht, N 145 f.

<sup>292</sup> ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Art. 35 N 3.

<sup>293</sup> ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Art. 35 N 1.

<sup>294</sup> ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Art. 35 N 6.

<sup>295</sup> Dagegen Botschaft DSG, S. 485, aber wohl mit dem Gedanken an Gespräche, die nur bei Gelegenheit des Coiffeurbesuchs anfallen, aber nicht mit

gibt es u.E. gute Gründe, diese Berufe nicht zu erfassen. Mit Art. 35 DSG sollten die Lücken im Berufskatalog des Art. 321 StGB getilgt und der strafrechtliche Schutz auf sämtliche Berufe ausgedehnt werden, in denen die Wahrung der Vertraulichkeit unerlässlich ist.<sup>296</sup>

[Rz 210] Art. 35 Abs. 2 DSG dehnt den Täterkreis auf die Hilfspersonen der Berufsangehörigen nach Art. 35 Abs. 1 DSG aus.

## (2) Tatobjekt und Tathandlung

[Rz 211] Der sachliche Geltungsbereich ist enger als in Art. 321 StGB. Tatobjekt sind geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile. Der Geheimnisbegriff ist derselbe wie in Art. 321 StGB. Es muss sich also um relativ Geheime Tatsachen handeln, an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat, das er gewahrt wissen will. Nicht geschützt sind Drittgeheimnisse, d.h. geheime Daten über Personen, die nicht in einer Beziehung zum Berufsausübenden stehen.

[Rz 212] Weniger überzeugend ist, dass der Gesetzgeber nicht sämtliche geheimen Personendaten, sondern nur besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile unter Schutz gestellt hat. Dahinter steht wohl die (unzutreffende) Auffassung, nur sensitive Personendaten verdienen Strafschutz. Dabei knüpft das Schutzgut des Berufsgeheimnisses weniger an eine bestimmte Datenkategorie als an ein besonderes Vertrauensverhältnis. Die gesetzgeberische Wertung ist jedoch de lege lata hinzunehmen. Die Legaldefinition der sensitiven Personendaten findet sich in Art. 3 lit. c und d DSG. Finanziell-wirtschaftliche Daten gelten nicht als besonders schützenswert.

[Rz 213] Die berufliche Schweigepflicht verletzt, wer die geschützten Personendaten unbefugt bekannt gibt. Unter «Bekanntgabe» fällt jegliches Zugänglichmachen der Personendaten für einen oder mehrere Dritte (Legaldefinition in Art. 3 lit. f DSG).<sup>297</sup> Dass die Schweigepflicht nur verletzt wird, wenn die Bekanntgabe unbefugt erfolgt, ist der Sache nach selbstverständlich.<sup>298</sup> Dass der Gesetzestext dennoch explizit darauf hinweist, zeigt an, dass zahlreiche «Rechtfertigungsgründe»<sup>299</sup> für eine Datenbekanntgabe bestehen können. So greift Art. 35 DSG nicht, wenn die Datenbearbeitung nach DSG rechtmässig ist.<sup>300</sup>

der Berufsausübung in Zusammenhang stehen; dafür ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Art. 35 N 6; BSK DSG-ARZT, 1. Aufl., Art. 35 N 28.

<sup>296</sup> Botschaft DSG, S. 485.

<sup>297</sup> ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Art. 35 N 13.

<sup>298</sup> BSK DSG-RIKLIN, Art. 35 N 28.

<sup>299</sup> In der Strafrechtsdogmatik ist strittig, ob eine Befugnis zur Datenbekanntgabe tatbestandsausschliessend oder rechtfertigend wirkt; vgl. ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Art. 35 N 14; BSK DSG-RIKLIN, Art. 35 N 28 ff.; BSK DSG-ARZT, 1. Aufl., Art. 35 N 31 ff.

<sup>300</sup> ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Art. 35 N 14.

## e) Öffentliches Personalrecht

### (1) Personalrechtliches Amtsgeheimnis als Organisationsnorm

[Rz 214] Die Schweigepflicht ist eine traditionelle Dienstpflicht öffentlich-rechtlicher Angestellter. Anders als das Strafrecht schützt das Personalrecht aber nicht unmittelbar materielle Geheimnisse,<sup>301</sup> sondern dient vorweg einem organisationsrechtlichen Anliegen. Das personalrechtliche Amtsgeheimnis ist eine Organisationsnorm,<sup>302</sup> die den Datenfluss innerhalb des Staates bzw. der staatlichen Verwaltung regelt und das Verfügungsrecht des Staates über die von ihm bearbeiteten Daten schützt. Der Angestellte ist zur Geheimhaltung verpflichtet, weil die Organisation als solche die Verfügung über die Daten beansprucht und nicht weil es um geheimhaltungsbedürftige Daten geht.<sup>303</sup>

[Rz 215] Der personalrechtliche Geheimnisbegriff ist damit rein formeller Natur. So kann der Staat (a) Daten für «geheim» erklären, die an sich gar nicht geheimhaltungsbedürftig sind, über deren Bekanntgabe der Beamte aber nicht selbst entscheiden soll oder (b) vorsehen, dass die Datenbekanntgabe nur mit Genehmigung einer vorgesetzten Stelle erfolgen darf.

[Rz 216] Anschlussfrage ist, über welche Daten der Staat das Verfügungsrecht beansprucht. Eine allgemeine Antwort findet man in den Personalgesetzen, etwa in Art. 94 Abs. 1 BPV oder Art. 58 PG BE. Die Personalgesetze sehen typischerweise vor, dass die Beamten einerseits über materielle Geheimnisse und andererseits über sonstige Angelegenheiten, die nach besonderer Vorschrift als «geheim» erklärt werden, zu schweigen haben. Dass die Personalgesetze dem Staat das Verfügungsrecht über materielle Geheimnisse geben, darf nicht in die Irre führen. Es geht den Personalgesetzen nicht um den Schutz materieller Geheimnisse, sondern um den *Schutz des Verfügungsrechts*. Der Angestellte hat zu schweigen, weil sein Arbeitgeber über die Datenbekanntgabe entscheidet, und zwar unabhängig davon, ob es sich hierbei um geheimhaltungswürdige Daten handelt oder nicht. Es geht stets um den Schutz formellen Rechts, auch wenn materielle Geheimnisse Gegenstand der Schweigepflicht sein können.

[Rz 217] Deshalb ist es auch keineswegs so, dass die personalrechtliche Schweigepflicht stets dort endet, wo eine Datenbekanntgabe materiell gerechtfertigt ist, d.h. wo weder

<sup>301</sup> Freilich verpflichtet das Personalrecht auch zur Verschwiegenheit über materielle Geheimnisse. Hier gilt aber dasselbe wie im Strafrecht. Das Personalrecht legt nicht selbst fest, welche Daten als geheimhaltungswürdig gelten, sondern sanktioniert nur das unerlaubte Offenbaren materieller Geheimnisse; a.M. TANQUEREL, secret, S. 49, auch wenn er einräumt, dass die Geheimnisbegriffe sehr offen gefasst sind (S. 49, 54 ff.).

<sup>302</sup> DRUEY, Information, S. 417 ff., allerdings ohne Differenzierung zwischen Personal- und Strafrecht.

<sup>303</sup> DRUEY, Information, S. 420.



allgemeine Datenschutz- noch besondere materielle Geheimnisvorschriften entgegenstehen. Vielmehr findet die personalrechtliche Schweigepflicht ihre Grenzen dort, wo die Datenbekanntgabe formell gerechtfertigt ist, namentlich wenn sie in Übereinstimmung mit der innerbehördlichen Zuständigkeitsordnung erfolgt. Gibt etwa ein Angestellter in Erfüllung einer Auskunftspflicht eigenmächtig einer anderen Behörde Daten bekannt, obwohl ihm die einschlägige Weisung vorschreibt, die Zustimmung der vorgesetzten Stelle einzuholen, verletzt er formelles Recht, auch wenn die Datenbekanntgabe materiell gerechtfertigt ist. Diese Pflichtwidrigkeit kann personalrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Strafwürdig ist solches Verhalten nur selten (Art. 293 StGB).

[Rz 218] Während die personalrechtliche Schweigepflicht direkt die Angestellten verpflichtet, richten sich andere Normen, die den Datenfluss regeln, häufig an die Behörden und nicht unmittelbar an deren Angestellte. Daraus können Unsicherheiten über die Befugnis zur Datenbekanntgabe resultieren. Inwiefern darf der grundsätzlich schweigepflichtige Angestellte Daten eigenmächtig bekannt geben, wenn seine Behörde gegenüber einer anderen Behörde auskunftspflichtig ist? Zu prüfen ist, ob die eigenmächtige Datenbekanntgabe gegen das Verfügungsrecht des Staates verstösst. Ein solcher Verstoss liegt vor, wenn aus der Zulässigkeit der Datenbekanntgabe einer Behörde nicht auf die Entscheidungsbefugnis des Angestellten geschlossen werden darf. Die Schweigepflicht als solche steht diesem Schluss nicht entgegen, da sie dem Staat zwar das Verfügungsrecht über die Daten sichert, damit aber nicht regelt, unter welchen Voraussetzungen eine Datenbekanntgabe zulässig ist. Allerdings können besondere Vorschriften (auf Gesetzes-, Verordnungs- oder Weisungsstufe) oder Dienstanordnungen vorsehen, dass der Angestellte die Zustimmung einer vorgesetzten Stelle einzuholen hat.

[Rz 219] Einen nicht unerheblichen Einbruch in die tradierte Ordnung des beamtenrechtlichen Amtsgeheimnisses bedeutet das Öffentlichkeitsprinzip. Laut Art. 17 Abs. 3 KV BE hat jede Person Anspruch auf Einsicht in amtliche Akten, soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Die letzteren Voraussetzungen werden in Art. 27 ff. IG BE konkretisiert. Vorbehalten bleibt demnach der weitergehende Schutz privater Personendaten in der besonderen Gesetzgebung (Art. 27 Abs. 1 Satz 2 IG BE) – z.B. im SHG – sowie bei besonders schützenswerten Personendaten die ausdrückliche Zustimmung der betroffenen Person (Art. 28 IG BE). Soweit diese gesetzlichen Pflichten zur Datenbekanntgabe reichen, ist das beamtenrechtliche Amtsgeheimnis auf den Schutz der spezialgesetzliche geschützten Personendaten sowie der besonders schützenswerten Personendaten eingeschränkt.<sup>304</sup>

## (2) Regelung im Berner Personalgesetz (Kanton)

[Rz 220]

Art. 58 PG BE

Amtsgeheimnis, Aussagen vor Gericht

<sup>1</sup> Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sind verpflichtet, über die Angelegenheiten zu schweigen, die ihnen in ihrer dienstlichen Stellung zur Kenntnis gelangen und die ihrer Natur nach oder nach besonderer Vorschrift geheim zu halten sind. Diese Verpflichtung bleibt auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen.

<sup>2</sup> Über diese Angelegenheiten dürfen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vor Gerichten, vor andern verwaltungsunabhängigen Justizbehörden, in erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren sowie im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren nur aussagen, wenn die zuständige Behörde sie dazu ermächtigt. Für Organe der gerichtlichen Polizei gilt eine generelle Ermächtigung.

<sup>3</sup> Zuständig für die Ermächtigung zur Aussage ist die Aufsichtsbehörde. Ist der Regierungsrat Aufsichtsbehörde, liegt die Zuständigkeit bei der betreffenden Direktion oder der Staatskanzlei.

<sup>4</sup> Die Ermächtigung darf nur verweigert werden, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen es verlangen.

<sup>5</sup> Die Mitteilungsrechte und -pflichten nach der besonderen Gesetzgebung bleiben vorbehalten.

[Rz 221] Kommunale Sozialarbeiter werden nach kommunalem Personalrecht angestellt. Dennoch wird hier die Regelung im kantonalen Personalgesetz besprochen. Sie gilt subsidiär auch für Gemeinden (Art. 32 GG BE). Viele Gemeinden haben keine eigenständige Regelung getroffen.<sup>305</sup>

[Rz 222] Art. 58 Abs. 1 PG BE enthält die eigentliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit und sichert dem Staat so das Verfügungsrecht über die dort umschriebenen Daten: zum einen über materielle Geheimnisse, zum anderen über Daten, die als geheim bezeichnet worden sind. Auffallend ist die Regelung in Art. 58 Abs. 2 PG BE. Eine Aussageermächtigung der zuständigen Behörde braucht es nicht nur vor Gericht, sondern auch in erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren sowie im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren. Die Tragweite dieser Bestimmung lässt sich mit Blick ins VRPG BE sachgerecht erfassen. Nach Art. 19 VRPG BE können im Kanton Bern auch Verwaltungsbehörden Zeugenaussagen abnehmen. Der Begriff «aussagen» ist eng auszulegen. Darunter fallen nur eigentliche Zeugenaussagen der Mitarbeiten-

<sup>304</sup> Siehe zur Problematik, welche diese «Entlassung» von Personendaten aus dem staatlichen Bereich mit sich bringen kann, nachfolgend Rz. 228 ff.

<sup>305</sup> ARN, Kommentar GG, Vor Art. 31/32 N 4, Art. 32 N 1. Das Musterpersonalreglement des Amtes für Gemeinden und Raumordnung enthält keine Bestimmung zur Schweigepflicht.

den nach Art. 19 Abs. 1 lit. e VRPG BE, nicht aber Auskünfte unter Behörden (Amtsberichte).

## 2. Das Öffentlichkeitsprinzip

[Rz 223] Die Öffentlichkeitsgesetze von Bund und Kantonen sind für die vorliegende Untersuchung nicht von unmittelbarer Bedeutung. Sie setzen das Öffentlichkeitsprinzip auf Gesetzesstufe um und regeln damit das Verhältnis zwischen Staat und Öffentlichkeit und nicht den Informationsaustausch innerhalb der staatlichen Verwaltung.<sup>306</sup>

[Rz 224] Das Öffentlichkeitsprinzip stellt eine Abkehr vom tradierten Grundsatz der Geheimhaltung der Verwaltung dar und besagt, dass sämtliche sich beim Staat befindliche Information jedermann zur Verfügung steht. Zentraler Zweck des Öffentlichkeitsprinzips ist die Gewährleistung der Transparenz staatlichen Handelns.<sup>307</sup> Behördliche Transparenz erfüllt nach heutiger Auffassung eine grundlegende Funktion in einer rechtsstaatlichen Demokratie.<sup>308</sup>

[Rz 225] Der allgemeine Zugang zu amtlichen Dokumenten kann allerdings nicht vorbehaltlos gewährt werden. Entgegenstehende öffentliche wie auch private Interessen bleiben vorbehalten, darunter namentlich der Schutz der Personendaten bzw. – präziser – der Persönlichkeitsrechte derjenigen Personen, auf die sich die Daten beziehen. Der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz steht dem Öffentlichkeitsprinzip also nicht entgegen, setzt ihm aber Grenzen.

[Rz 226] Das Öffentlichkeitsprinzip regelt nach seinem Sinn und Zweck die Datenbekanntgabe an Private (vgl. Art. 1 IG BE). Es stellt die Transparenz der Verwaltung gegen aussen, gegenüber der Öffentlichkeit her. Art. 27 IG BE ergänzt die Regelung der Datenbekanntgabe an Private nach Art. 11 ff. KDSG BE. Anders als nach dem Datenschutzgesetz ist die Bekanntgabe grundsätzlich zulässig; nicht das Auskunftsbegehren, sondern seine Ablehnung muss begründet werden. Früher verbargen sich diese öffentlichen und privaten Interessen an der Geheimhaltung, an der Nicht-Information, unter dem allgemeinen Deckmantel der Verschwiegenheit der Verwaltung. Heute muss sich die Verwaltung rechtfertigen, wenn sie eine Information geheim halten will.

[Rz 227] Innerhalb der Verwaltung wäre eine Art. 27 IG BE entsprechende Regelung untauglich. Staatlichen Stellen darf kein Anspruch auf freie (ungebundene!) Information zugesprochen werden. Staatliche Stellen dürfen immer nur solche Personendaten bearbeiten, die für ihre Aufgabenerfüllung zumindest zweckmässig sind, und es ist nach Massgabe von

Art. 13 Abs. 2 BV Sache des Gesetzgebers, Aufgabe und Befugnis zur Datenbearbeitung miteinander zu verknüpfen.

[Rz 228] Das Öffentlichkeitsprinzip berührt einen heiklen und bis heute weitgehend unbefriedigend gelösten Punkt des staatlichen Umgangs mit Daten: deren «Entlassung» aus dem staatlichen Bereich. Das private Zugangsrecht zu staatlichen Daten wird vorbehaltlos gewährt. Ein *besonderes* Interesse muss nicht nachgewiesen werden. Das bedeutet dann aber auch, dass bei der Datenbekanntgabe nicht absehbar ist, in welchen *privaten* Verwendungszusammenhängen die Daten bearbeitet werden.

[Rz 229] Das Öffentlichkeitsprinzip verpflichtet den Staat damit dazu, Personendaten freizugeben, ohne dass absehbar ist, wie sie weiterverwendet werden. Dies berührt die Persönlichkeitsrechte betroffener Privater und gerät namentlich in Konflikt mit dem verfassungsrechtlich gesicherten Anspruch auf eine *transparente* Datenbearbeitung. In der Begrifflichkeit des geltenden Datenschutzrechts ausgedrückt ignoriert das Öffentlichkeitsprinzip das Zweckbindungsgebot und damit eine «etablierte Steuergrösse»<sup>309</sup> des Datenschutzgesetzes: «Datenschutz geht vom Grundsatz der Zweckbindung der Informationsbeschaffung aus, während umgekehrt ein voraussetzungsloses Zugangsrecht gemäss Öffentlichkeitsprinzip von der Zweckfreiheit ausgeht.»<sup>310</sup> Im Sinn der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen dem verfassungsrechtlich fundierten Öffentlichkeitsprinzip und dem ebenfalls verfassungsrechtlich fundierten Anspruch auf eine transparente und nachvollziehbare Datenbearbeitung i.S. von Art. 13 Abs. 2 BV ist darauf Wert zu legen, dass im Rahmen des Öffentlichkeitsprinzips die «überwiegenden privaten Interessen» keinesfalls zu eng ausgelegt werden, da sonst der Schutzgedanke von Art. 13 Abs. 2 BV seines Gehalts völlig entleert würde. Dementsprechend sind auch an das Erfordernis des weitergehenden Schutzes von Personendaten in der besonderen Gesetzgebung i.S. von Art. 27 Abs. 1 IG BE keine übersteigerten Anforderungen zu stellen. Es muss für die Begründung des Geheimhaltungsinteresses genügen, wenn sich aus einem Spezialerlass mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, dass bestimmte Personendaten als geheimhaltungswürdig erscheinen.

[Rz 230] Darin liegt der eigentliche «Konflikt» zwischen Datenschutzrecht und Öffentlichkeitsprinzip, der sich wohl nur dann befriedigend lösen lässt, wenn man erkennt, dass er sich an der Schnittstelle zwischen öffentlich- und privatrechtlichem Persönlichkeitsschutz abspielt. Auf diese Problematik kann im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht näher eingegangen werden. Immerhin ist festzuhalten, dass die im staatlichen Bereich geltende *objektive* Zweckfestlegung im Sinne einer *Verknüpfung* von Befugnis zu Datenbearbeitung

<sup>306</sup> Für das BGÖ vgl. Botschaft BGÖ, S. 1977; SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, Einl. N 67; SHK BGÖ-SCHWEIZER/WIDMER, Art. 3 N 32.

<sup>307</sup> BIAGGINI, in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich/Basel/Genf 2007, Art. 17 N 1.

<sup>308</sup> Z.B. STEFAN VOGEL, in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich/Basel/Genf 2007, Art. 49 N 9 ff.

<sup>309</sup> SIEGENTHALER, Öffentlichkeit, S. 227.

<sup>310</sup> ISABELLE HÄNER/MICHAEL SCHMID, Zaghaftes Abkehr vom Geheimhaltungsprinzip, Medialex 2005, S. 4.

mit (gesetzlich geregelten!) sachlichen Regelungsstrukturen nicht auf den privaten Bereich übertragen werden kann.<sup>311</sup> Privater und staatlicher Bereich unterscheiden sich grundlegend.<sup>312</sup> Der privatrechtliche Persönlichkeits- bzw. Datenschutz stimmt daher auch nicht mit dem öffentlich-rechtlichen überein – trotz einheitlicher Regeln im DSG (Art. 4–11a DSG). Zwei Unterschiede seien erwähnt. Einerseits ist zumindest fraglich (sehr vorsichtig ausgedrückt!), ob man privates Handeln ähnlich *strengen strukturellen Vorgaben* unterwerfen sollte, wie wir es für staatliches Handeln aus Art. 13 Abs. 2 BV entwickelt haben.<sup>313</sup> Ist *jeder* private Umgang mit Personendaten rechtfertigungsbedürftig? Oder braucht es nur dann einen Rechtfertigungsgrund, wenn Private persönlichkeitsnahe Daten bearbeiten, wie sie öffentlich-rechtlich insb. über Art. 10 Abs. 2 BV geschützt sind? Letzteres dürfte wohl eher zutreffen. Andererseits dürfte dem *Willen* der betroffenen Person, gerade auch bei der Zwecksetzung der Datenbearbeitung, im privaten Bereich ein höherer Stellenwert einzuräumen sein als bei der öffentlichen Datenbearbeitung.

### 3. Besondere Geheimnisvorschriften

#### a) Schutzzwecke besonderer Geheimnisvorschriften (u.a. Funktionsschutz)

[Rz 231] Der informationsorientierte Persönlichkeitsschutz ist in der Regel nur eines von mehreren Motiven besonderer Geheimhaltungspflichten. Besondere Geheimhaltungspflichten schützen nicht nur vor der Bearbeitung persönlichkeitsnaher Daten und Informationen, sondern können auch Ausdruck eines besonderen Vertrauensverhältnisses sein (z.B. Anwalts- und Arztgeheimnis) oder dem ordnungsgemässen Gang eines Verfahrens dienen (z.B. Steuergeheimnis).<sup>314</sup>

[Rz 232] Besondere Geheimhaltungsvorschriften schützen nicht ausschliesslich vor der Bearbeitung (insb. der Bekanntgabe) persönlichkeitsnaher oder anderweitig schutzwürdiger Daten und Informationen (Schutz von «Informationsinhalten»). Dies zeigt sich etwa am traditionell strengen Steuergeheimnis. Es schützt zwar auch vor der Bekanntgabe persönlichkeitsnaher Daten durch die Steuerbehörden und trägt damit dem Vertraulichkeitsschutz nach Art. 10 Abs. 2 BV Rechnung; doch liegt der Hauptzweck des Steuergeheimnisses in der ordnungsgemässen Erfüllung der Offenlegungspflichten durch die Steuerpflichtigen und damit im korrekten Verfahrensablauf. So greift es einerseits über den Vertraulichkeitsschutz hinaus und verpflichtet die Steuerbehörden – ohne gegenteilige Anordnung – auch dann zur

Geheimhaltung, wenn gar kein schützenswertes Interesse an der Vertraulichkeit bestimmter Daten und Informationen besteht. So wären etwa nach konstanter Bundesgerichtspraxis namentlich Angaben über Einkommen und Vermögen nicht persönlichkeitsnah.<sup>315</sup> Andererseits dient das Steuergeheimnis als «Korrelat umfassender steuerrechtlicher Offenlegungspflichten» geradezu als Rechtfertigung zur umfangreichen Bearbeitung persönlichkeitsnaher Daten und Informationen durch die Steuerbehörden.<sup>316</sup>

[Rz 233] Selbst relativ belanglose Daten und Informationen sind in den Schutz besonderer Geheimnisbestimmungen einbezogen. Dies zeigt sich bereits darin, dass Steuerbehörden, Anwälte und Ärzte über *alles* zu schweigen haben, was ihnen infolge ihres Berufes bzw. ihres Dienstes von der Klientenschaft anvertraut wird. Anwälte schweigen nicht nur über Geheimnisse. Diese Aspekte besonderer Geheimhaltungspflichten dürfen nicht bedenkenlos beiseite geschoben werden, wenn im Einzelfall aufgrund einer Auskunftspflicht kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht.

[Rz 234] Gerade bei den besonderen Vertrauensverhältnissen (Arzt – Patient; Anwalt – Klient) stellt sich die Frage, ob sie verfassungsrechtlich eigenständig, d.h. im Sinne eines Bereichsschutzes (nach Art. 13 Abs. 1 BV), geschützt sind. Das dürfte zu weit gehen, zumal neben dem persönlichkeitsbezogenen Vertrauensschutz nach Art. 10 Abs. 2 BV – je nach Einzelfall – auch noch andere Garantien greifen können (z.B. beim Strafverteidiger). Sofern der Bereichsschutz aber relevant ist (z.B. Wohnung, Telefon etc.), erhöhen die Berufsgeheimnisse die Eingriffsanforderungen.

[Rz 235] Der Funktionsschutz besonderer Vertrauensverhältnisse wird bei *privaten Geheimnissen* über die Rechtsposition der Berufsangehörigen erfasst, die ohne Schutz der Vertrauensbeziehung ihren Beruf nicht korrekt ausüben können (Wirtschaftsfreiheit; persönliche Freiheit). Eine staatliche Verpflichtung zur Datenbekanntgabe berührt in diesen Fällen mehrere grundrechtlich geschützte Rechtspositionen: den Anspruch des Klienten auf Wahrung seiner informationellen Privatheit und den Anspruch des Berufsangehörigen auf Wahrung der Vertrauensbeziehung als Essentialie für eine ordentliche Berufsausübung.<sup>317</sup>

[Rz 236] Dies zeigt, dass der materielle Geheimnisbegriff verschieden interpretiert werden kann.<sup>318</sup> Im Allgemeinen wird zu wenig danach unterschieden, ob das Geheimnis bestimmte «Informationsinhalte» (= Bearbeiten persönlichkeitsnaher Daten und Informationen) oder andere Schutzgüter wie ein besonderes Vertrauensverhältnis oder ein ordnungsgemässes

<sup>311</sup> ALBERS, Habil., S. 500.

<sup>312</sup> ALBERS, Habil., S. 477 ff.

<sup>313</sup> In diese Richtung geht aber das geltende DSG, das bei Verletzung der Bearbeitungsgrundsätze (insb. Art. 4 DSG) eine Persönlichkeitsverletzung fingiert, Art. 12 Abs. 2 Bst. a DSG; kritisch AEBI-MÜLLER, Habil., N 581 f., Frage aber offen gelassen.

<sup>314</sup> SIEGENTHALER, Öffentlichkeit, S. 219 f.

<sup>315</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_462/2008 vom 20. März 2009, E. 3.2; BGE 124 I 176 E. 5/c/cc S. 179.

<sup>316</sup> Z.B. BGE 133 II 114 E. 4.3 S. 119 f.; ALBERS, Habil., S. 514 f.

<sup>317</sup> Z.B. BGE 102 Ia 516 S. 522 und diverse neuere Entscheide.

<sup>318</sup> DRUEY, Information, S. 264, der von einem «Schillern zwischen Geheimsein und geheimem Inhalt» spricht.

Verfahren schützt. «Geheim» sind Daten und Informationen, über die ein Anwalt, ein Arzt oder ein Steuerbeamter schweigen muss, und zwar unabhängig davon, wie diese Schweigepflicht genau motiviert ist. Mit anderen Worten: Geheim sind nicht nur Geheimnisse – auf diese Unschärfe des Geheimnisbegriffes wird in der Lehre seit längerem hingewiesen.

## b) Sozialversicherungsgeheimnis

[Rz 237]

### Art. 33 ATSG Schweigepflicht

Personen, die an der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung der Sozialversicherungsgesetze beteiligt sind, haben gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu bewahren.

### Art. 86 BVG Schweigepflicht

Personen, die an der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung dieses Gesetzes beteiligt sind, haben gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu bewahren.

## (1) Sozialversicherungsrechtlicher Datenschutz

[Rz 238] Das Bundessozialversicherungsrecht stellt ein eigenes Datenschutzregime auf, das die allgemeine Datenschutzgesetzgebung konkretisiert und ihr vorgeht. Daraus folgt nach der zutreffenden Praxis des Bundesgerichts, dass kein Raum besteht, eine Datenbearbeitung, die nach den sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen rechtmässig ist, gestützt auf das Datenschutzgesetz als unrechtmässig zu erklären.<sup>319</sup> Die allgemeinen Grundsätze des DSG gelten nur subsidiär.

[Rz 239] Eine Kernbestimmung des sozialversicherungsrechtlichen Datenschutzes ist die Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG. Sie ist «besondere Geheimhaltungspflicht» im Sinne der Datenschutzgesetzgebung und verpflichtet die ihr unterstellten Personen grundsätzlich zu schweigen, es sei denn, ein Spezialgesetz<sup>320</sup> erlaube zu sprechen (Art. 19 Abs. 4 lit. b DSG).<sup>321</sup> Eine Bekanntgabe von Personendaten lässt sich daher nicht über die allgemeine Amtshilfebestimmung von Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG rechtfertigen.

<sup>319</sup> BGE 133 V 359 E. 6.4 S. 363.

<sup>320</sup> Das ATSG ist zwar Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, nicht aber ein allgemeines Gesetz oder ein Querschnittsgesetz, da es «Modell-Gesetz» ist und nur gilt, wenn und soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen (Art. 2 ATSG; dazu KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 2 N 1 ff.).

<sup>321</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 33 N 13; Botschaft Anpassung, S. 259; vgl. den Bericht SGK NR 99, S. 4591, der darauf hinweist, dass der ständerätliche Entwurf von Art. 33 ATSG, der auf die Vorschriften des DSG verwies («nach den Vorschriften des Datenschutzgesetzes des Bundes») irreführend sei, da das DSG keine Bestimmungen über die Geheimhaltung enthalte, welche das gesamte Anwendungsgebiet des ATSG betreffen würden.

[Rz 240] Die Ausnahmen von der Schweigepflicht sind im ATSG und in den einzelnen Sozialversicherungsgesetzen geregelt. Es war nicht Wille des Gesetzgebers, die Fälle zulässigen Datenaustauschs umfassend im ATSG zu regeln. Es finden sich im ATSG zwar wichtige Bestimmungen zur Datenbekanntgabe, so in Art. 32 ATSG (Amts- und Verwaltungshilfe) und Art. 47 ATSG (Akteneinsicht). Sie befassen sich allerdings nicht allgemein mit der Datenbekanntgabe an Dritte. Diese wird in den Einzelgesetzen geregelt.

## (2) Persönlicher Geltungsbereich

[Rz 241] Der Personenkreis, der dem Sozialversicherungsgeheimnis untersteht, ist unbestimmt gefasst.<sup>322</sup> Schweigepflichtig sind nach dem Gesetzestext sämtliche Personen, die an der Durchführung der Sozialversicherungsgesetze, deren Kontrolle oder Aufsicht beteiligt sind. Fraglich ist, wer alles «an der Durchführung der Sozialversicherungsgesetze beteiligt» ist. Zweifellos fallen die Versicherungsträger darunter, unabhängig davon, ob sie privat- oder öffentlich-rechtlich organisiert sind. Sie sind mit dem Vollzug der einzelnen Sozialversicherungszweige betraut. Dasselbe gilt für alle jene externen Personen, denen die Versicherungsträger die Datenbearbeitung übertragen, z.B. für Sachverständige nach Art. 44 ATSG oder Vertrauensärzte nach Art. 57 KVG.<sup>323</sup> Die Lehre dehnt die Schweigepflicht in weiter Auslegung pauschal auf die Leistungserbringer (z.B. Medizinalpersonen, Spitäler, Pflegeheime, Spitex) aus.<sup>324</sup>

[Rz 242] Der pauschale Einbezug der Leistungserbringer ist zwar mit dem offenen Wortlaut von Art. 33 ATSG («beteiligt») vereinbar, bei einer systematischen und teleologischen Auslegung aber alles andere als selbstverständlich. Zunächst weisen das ATSG und die Einzelgesetze erhebliche begriffliche Unschärfen bezüglich des Personenkreises auf, der dem sozialversicherungsrechtlichen Datenschutzregime untersteht.<sup>325</sup> Es ist von «Organen der einzelnen Sozialversicherungen» (Art. 32 ATSG), von «Personen, die an der Durchführung der Sozialversicherungsgesetze beteiligt sind» (Art. 33 ATSG), von «Durchführungsorganen» (z.B. Art. 112 UVG) oder von «mit der Durchführung dieses Gesetzes betrauten Organen» (z.B. Art. 96 UVG) die Rede. Diese verwirrende Begriffsvielfalt führt zu erheblichen Unsicherheiten, die in Lehre und Praxis nicht gelöst sind.

[Rz 243] Beispiel: Die Verletzung der Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG wird nicht im ATSG, sondern in den Einzelgesetzen unter Strafe gestellt. Die Strafbestimmungen im KVG und UVG verwenden nicht die weite Formulierung von Art. 33 ATSG, sondern sprechen von «Durchführungsorganen». Ist damit derselbe Personenkreis wie in Art. 33 ATSG

<sup>322</sup> So KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 33 N 6.

<sup>323</sup> Botschaft Anpassung, S. 264.

<sup>324</sup> KIESER, Sozialversicherungsrecht, S. 526; LANG/MIOTTI, Rechtsgutachten, S. 32; wohl a.M. EUGSTER, Krankenversicherung, N 1188 Fn. 1856.

<sup>325</sup> Vgl. dazu KIESER, ATSG-Kommentar, Vorbemerkungen N 56 ff.



angesprochen? Sind z.B. die Leistungserbringer von beiden Bestimmungen erfasst? Es sprechen gute Gründe dagegen, die Leistungserbringer als «Durchführungsorgane» zu qualifizieren, jedenfalls in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP).<sup>326</sup> Doch wäre es wenig überzeugend, die Leistungserbringer der Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG zu unterstellen, sie aber von den einschlägigen Strafbestimmungen auszunehmen.

[Rz 244] Ein möglicher dogmatischer Lösungsansatz bestünde darin, alle jene Personen der Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG zu unterstellen, die entweder direkt mit der Durchführung des Bundessozialversicherungsrechts als staatlicher Aufgabe betraut sind («Durchführungsorgane») oder die indirekt «im Auftrag» von solchen Durchführungsorganen Personendaten bearbeiten («Auftragsbearbeitung»)<sup>327</sup>. Damit sind freilich die Abgrenzungsschwierigkeiten nicht gelöst – ob eine staatliche Aufgabenerfüllung vorliegt, ist mitunter schwierig zu beurteilen –, doch wäre das Problem richtig eingeordnet.

[Rz 245] Zudem wäre der Funktionsschutz des Sozialversicherungsgeheimnisses gewährleistet: Es schützt neben den persönlichkeitsnahen Daten der Versicherten auch den vertrauensvollen und offenen Umgang zwischen Versicherung und Versicherten. Dieser Funktionsschutz wäre durch diese zwar eingeeengte, aber nach wie vor recht weite Umschreibung der Schweigepflichtigen hinreichend gesichert.

### (3) Sachlicher Geltungsbereich

[Rz 246] Der Inhalt der Schweigepflicht wird in Art. 33 ATSG nicht näher umschrieben. Er bezieht sich nicht nur auf Personendaten, sondern auf *jede* Kenntnis, die der Schweigepflichtige bei seiner Tätigkeit erlangt.<sup>328</sup>

### c) Sozialhilfegeheimnis

[Rz 247]

#### Art. 8 Schweigepflicht

<sup>1</sup> Personen, die sich mit dem Vollzug dieses Gesetzes befassen, haben über Angelegenheiten, die ihnen dabei zur Kenntnis gelangen und die ihrer Natur nach oder gemäss besonderer Vorschrift geheim zu halten sind, zu schweigen.

<sup>2</sup> Mitteilungen an Behörden oder an bestimmte Privatpersonen sind ihnen erlaubt, wenn die Betroffenen hierzu ihre ausdrückliche Zustimmung erteilen oder wenn das Erfüllen der Sozialhilfearbeiten es zwingend erfordert.

<sup>3</sup> Vorbehalten bleiben Mitteilungspflichten und Mitteilungsrechte gemäss besonderer Gesetzgebung.

<sup>4</sup> Von der Mitteilungspflicht an die Untersuchungsbehörde gemäss Artikel 201 des Gesetzes vom 15. März 1995 über das Strafverfahren (StrV) [BSG 321.1] sind die mit dem Vollzug dieses Gesetzes befassten Personen befreit.

[Rz 248] Das Sozialhilfegeheimnis ist in Art. 8 SHG BE verankert. Es gilt für die individuelle wie für die institutionelle Sozialhilfe.<sup>329</sup> Die Auslegung dieser Bestimmung bereitet in der Praxis Schwierigkeiten. Unklar ist, ob es sich bei der Schweigepflicht nach Art. 8 Abs. 1 SHG BE um eine Bestimmung mit eigenständigem Gehalt («besondere Geheimhaltungspflicht») oder um eine Bekräftigung des auch anderweitig geltenden Amtsgeheimnisses handelt. Die Frage ist deshalb von Bedeutung, weil besondere Geheimhaltungspflichten nach der Datenschutzgesetzgebung eine Schranke der allgemeinen Amtshilfe darstellen (Art. 5 Abs. 5 KDSG BE).

[Rz 249] Ein Teil der Auslegungsschwierigkeiten rührt auch daher, dass sich dem geltenden Wortlaut von Art. 8 SHG BE keine direkten Hinweise darauf entnehmen lassen, dass es sich bei Tätigkeiten im Bereich der Sozialhilfe häufig um solche handelt, die ohne ein gewisses Vertrauensverhältnis zwischen den Personen, die mit dem Vollzug des Gesetzes betraut sind, und den Klientinnen und Klienten nicht zielführend vorgenommen werden können. Seitens der mit dem Vollzug des Gesetzes betrauten Personen besteht demnach die Annahme, dass sich ihre Schweigepflicht, d.h. das eigentliche Sozialhilfegeheimnis, auf ihre gesamte Tätigkeit und damit auch auf alle mit den Klientinnen und Klienten ausgetauschten Informationen bezieht.

[Rz 250] Art. 5 Abs. 5 KDSG BE behält, wie bereits ausgeführt, das Amtsgeheimnis oder besondere Geheimhaltungspflichten vor. Unerheblich ist dabei, welchem Zweck die besondere Geheimhaltungspflicht dient; d.h. dem Schutz materieller Geheimhaltungspflichten oder dem Schutz (auch) von bestimmten Funktionen oder Vertrauensverhältnissen; wäre demnach das Sozialhilfegeheimnis i.S. von Art. 8 Abs. 1 SHG BE auch als Geheimnis mit Funktionsschutz zu begreifen, dann wäre es entsprechend vorbehalten.

[Rz 251] Der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 SHG BE lässt nicht klar erkennen, dass sämtliche Daten aus der Sozialhilfe einem besonderen Schutz unterstellt werden. In Anlehnung an die Bestimmungen im Personalrecht wird das Schutzgut mit offenen Begriffen umschrieben: «Angelegenheiten, (...) die ihrer Natur nach oder gemäss besonderer Vorschrift geheim zu halten sind (...)».

[Rz 252] Die grammatikalische Auslegung wird durch die Materialien gestützt, nach denen in Abs. 1 «der Grundsatz

<sup>326</sup> So EUGSTER, Krankenversicherung, N 1188 Fn. 1856; mit Bezug auf die Terminologie im ATSG vgl. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 27 N 5; a.M. MAURER, Krankenversicherungsrecht, S. 155 (noch vor Geltung des ATSG).

<sup>327</sup> Analoger Ansatz bei der Aufklärungspflicht nach Art. 27 ATSG: KIESER, ATSG-Kommentar, bei Art. 27 N 5.

<sup>328</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 33 N 8.

<sup>329</sup> Die folgenden Ausführungen befassen sich – wenn nicht anders vermerkt – mit dem Sozialhilfegeheimnis im Bereich der individuellen Sozialhilfe nach Art. 22 ff. SHG BE.

festgelegt [wird], wonach alle mit dem Vollzug des SHG BE befassten Personen dem Amtsgeheimnis unterstehen (...).»<sup>330</sup> Diese Auslegung entspricht der kantonalen Praxis und wird teilweise als sachgerecht beurteilt.<sup>331</sup> Im Übrigen ist auch nicht anzunehmen, dass im Bereich der institutionellen Sozialhilfe, die weit über die Unterstützung Bedürftiger hinausreicht,<sup>332</sup> eine besondere Geheimhaltungspflicht statuiert werden sollte. Die Daten aus der institutionellen Sozialhilfe sind nicht generell besonders schützenswert. Es handelt sich hier – anders als bei der individuellen Sozialhilfe – nicht per se um «Massnahmen der sozialen Hilfe oder fürsorgerischen Betreuung» im Sinne von Art. 3 lit. c KDSG BE.<sup>333</sup>

[Rz 253] Die sozialhilferechtliche Datenbearbeitung folgt damit nach der vorherrschenden Praxis den allgemeinen Grundsätzen. Entsprechend konkretisiert Art. 8 Abs. 2 SHG BE die allgemeine Regelung von Art. 8 KDSG BE. Als im Regelfall besonders schützenswerte Personendaten dürfen Sozialhilfedaten nur an andere Behörden oder Privatpersonen mitgeteilt werden, wenn die betroffene Person ausdrücklich zugestimmt hat oder wenn das Erfüllen der Sozialhilfaufgaben es zwingend erfordert. Mitteilungspflichten und -rechte gemäss besonderer Gesetzgebung bleiben vorbehalten (Art. 8 Abs. 3 SHG BE).

[Rz 254] Im Vergleich mit Art. 6 lit. b KDSG BE ist der Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 SHG BE allerdings etwa enger gefasst, da es bei dieser Bestimmung bereits genügt, wenn die Bearbeitung für die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe zwingend erforderlich ist; im Sozialhilferecht wird dagegen statuiert, dass die Mitteilung nur zulässig ist, sofern sie das *Erfüllen der Sozialhilfaufgaben* zwingend erfordert (Art. 8 Abs. 2 SHG BE).

[Rz 255] Art. 8 Abs. 2 SHG BE regelt sodann nur einen Teilbereich der Bekanntgabe von Sozialhilfedaten, und zwar die grundsätzlich aktive, d.h. «spontane» Bekanntgabe von

Sozialhilfedaten, soweit sie zum Aufgabenbereich der Sozialhilfebehörden gehört (Art. 10 Abs. 1 lit. a KDSG BE) oder der Betroffene zugestimmt hat (Art. 10 Abs. 1 lit. c KDSG BE). Soweit es sich um eine Datenbekenntgabe an Private handelt, besteht keine Regelungslücke (Art. 11 Abs. 1 KDSG BE). Bei der Datenbekenntgabe an andere Behördenstellen wird jedoch ein zentraler Bereich ausgeklammert: Art. 8 SHG BE schweigt sich aus über die «Amtshilfe» im untechnischen Sinne, d.h. die Bekanntgabe von Personendaten auf Anfrage einer anderen Behörde zu deren Aufgabenerfüllung (Art. 10 Abs. 1 lit. b KDSG BE). Und auch bei den aktiven Mitteilungsrechten und -pflichten sind nur diejenigen erfasst, die der Durchführung der Sozialhilfe dienen. Die übrigen fallen nicht unter den Vorbehalt von Art. 8 Abs. 3 SHG BE.<sup>334</sup>

[Rz 256] Die reaktiven Auskunftsrechte und -pflichten sind im SHG BE nicht speziell geregelt. Zusammen mit der vorne beschriebenen Erwartung der Personen, die mit dem Vollzug der Sozialhilfe betraut sind, dass grundsätzlich alle im Rahmen ihrer Tätigkeit bearbeiteten Daten dem Sozialhilfegeheimnis unterstehen, führt dies zu erheblichen Unsicherheiten. Zur Anwendung kommen damit die allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätze, wie sie namentlich im KDSG BE festgelegt sind, doch reflektieren diese den «Funktionschutz», den die Tätigkeit der Sozialhilfe geniesst oder genießen sollte, in keiner Weise.

[Rz 257] Art. 8 Abs. 4 SHG BE befreit die mit dem Vollzug des SHG BE befassten Personen von der Mitteilungspflicht an die Untersuchungsbehörden nach Art. 201 StrV BE. Damit wird den Sozialhilfebehörden ein konkretes Recht zum Schweigen gegenüber den Untersuchungsbehörden eingeräumt. Dieses Schweigerecht rechtfertigt der Gesetzgeber mit dem Interesse an einer wirksamen Sozialhilfe und der besonderen Vertrauensstellung der mit dem Vollzug des Gesetzes befassten Personen.<sup>335</sup>

[Rz 258] Insgesamt zeigt sich, dass die Praxis zwar Wege gefunden hat, um die Vorgaben des SHG BE und des KDSG BE umzusetzen, die Regelung im SHG insgesamt aber rudimentär, ev. zu wenig weit gehend (Abs. 1), unvollständig (Abs. 2) und insgesamt zu stark mit wenig bestimmten Hinweisen auf andere Erlasse durchsetzt ist (v.a. Abs. 3), um als praktikable Leitlinie zu dienen. Zudem zeigt sich aufgrund der sehr weit gehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass eher unbestimmt gehaltene Normen lediglich einen unzureichenden Schutz bieten, wenn durch offen gehaltene Amtshilfenormen Geheimnisvorschriften durchbrochen werden sollen.

#### d) Steuergeheimnis

[Rz 259]

##### Art. 153 StG BE Geheimhaltungspflicht

<sup>330</sup> Vortrag SHG BE, S. 15.

<sup>331</sup> Stellungnahme des Regierungsrates vom 12. März 2008 zu den Motionen Brand/Siegenthaler (196/07) und Fuchs (198/07), Tagblatt 2008, S. 395; OMBUDSSTELLE DER STADT BERN, Tätigkeitsbericht 2003, Bern 2004, abrufbar unter: <http://www.bern.ch/stadtverwaltung/ombudsmann> (besucht am 6. Februar 2009), S. 25 f.; BSS (Hrsg.), Grundsatzpapier Sozialhilfe in der Stadt Bern vom 12. September 2007, Bericht zur Umsetzung, Bern 2008, abrufbar unter: <http://www.bern.ch/stadtverwaltung/bss> (besucht am 6. Februar 2009), S. 25; Aufsichtsstelle für Datenschutz, Bericht 2000, Verwaltungsbericht 2000, C/3, abrufbar unter: <http://www.be.ch/gr> (besucht am 6. Februar 2009), S. 3.

<sup>332</sup> Vgl. z.B. COULLERY, Sozialhilferecht, N 119 ff., z.B. Jugendtreffpunkte, Kindertagesstätten, Mittagstische, berufliche Qualifizierungsangebote wie Bewerbungstraining. Bei der individuellen Sozialhilfe gründet die besondere Sensitivität der Daten im Wesentlichen darin, dass der Ansprecher bedürftig ist – eine Voraussetzung, die bei der institutionellen Sozialhilfe gerade nicht vorliegen muss; dazu COULLERY, Sozialhilferecht, N 121.

<sup>333</sup> Vgl. zur Auslegung von Art. 3 lit. c Ziff. 3 DSG JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 3 N 52: «Personendaten, welche bei der individuellen Beratung und Betreuung im Rahmen der Sozialhilfe anfallen»; BSK DSG-BELSER, Art. 3 N 17: «Daten aus dem Bereich der individuellen Sozialhilfe».

<sup>334</sup> Vortrag SHG BE, S. 16. Z.B. Art. 50 Abs. 2 SHG BE (Mitteilung an Vormundschaftsbehörde).

<sup>335</sup> Vortrag SHG BE, S. 16.

<sup>1</sup> Wer mit dem Vollzug dieses Gesetzes betraut ist oder dazu beigezogen wird, muss über Tatsachen, die ihm in Ausübung des Amtes oder in Erfüllung der Aufgaben bekannt werden, und über die Verhandlungen in den Behörden Stillschweigen bewahren und Dritten den Einblick in amtliche Akten verweigern.

<sup>2</sup> Eine Auskunfterteilung an Dritte ist nur zulässig, wenn

a die steuerpflichtige Person eine schriftliche Einwilligung erteilt,

b eine gesetzliche Grundlage im Bundesrecht oder im kantonalen Recht besteht oder

c ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht und die Finanzdirektion die Auskunfterteilung schriftlich bewilligt.

**Art. 154 StG BE Amtshilfe unter Steuerbehörden** <sup>1</sup> Die Steuerbehörden des Kantons und der Gemeinden unterstützen sich gegenseitig bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. <sup>2</sup> Sie erteilen die benötigten Auskünfte kostenlos und gewähren einander auf Verlangen Einsicht in amtliche Akten. Die mit dem Steuerwesen betraute Stelle der Gemeinde kann zudem im Abrufverfahren die elektronisch erfassten Steuerdaten ihrer Steuerpflichtigen und derer Grundstücke einsehen. <sup>3</sup> Ist eine Person aufgrund der Steuererklärung auch in einem anderen Kanton steuerpflichtig, so setzt die kantonale Steuerverwaltung die Steuerbehörde des andern Kantons über die Steuererklärung und die Veranlagung in Kenntnis.

**Art. 155 StG BE Amtshilfe anderer Behörden** <sup>1</sup> Die Behörden des Kantons und der Gemeinden erteilen den Steuerbehörden auf Ersuchen hin kostenlos alle erforderlichen Auskünfte. <sup>2</sup> Sie können die Steuerbehörden von sich aus darauf aufmerksam machen, wenn sie vermuten, dass eine Veranlagung unvollständig ist. Vorbehalten bleiben Geheimhaltungspflichten der besonderen Gesetzgebung. <sup>3</sup> Die für den Vollzug dieses Gesetzes notwendigen Daten können der Steuerverwaltung auch durch ein Abrufverfahren zugänglich gemacht werden. <sup>4</sup> Anstände über die Auskunftspflicht von Behörden des Kantons und der Gemeinden entscheidet der Regierungsrat.

[Rz 260] Die Schweiz kennt auf Bundes- und kantonaler Ebene traditionellerweise ein strenges Steuergeheimnis (Art. 110 DBG; Art. 39 Abs. 1 StHG; Art. 153 StG BE).<sup>336</sup> Über das Steuergeheimnis stuft der Gesetzgeber die im Steuerverfahren bearbeiteten (Personen-)Daten<sup>337</sup> generell als geheimhaltungswürdig ein. Das Steuergeheimnis ist daher *lex specialis* zum dienst- und strafrechtlichen Amtsgeheimnis<sup>338</sup> und beantwortet die in den allgemeinen Bestimmungen offen

gelassene Frage nach der Geheimhaltungswürdigkeit. Es liegt eine materielle Geheimhaltungspflicht vor, die mitunter als «absolut» bezeichnet wird.<sup>339</sup> Sie lässt eine Datenbekenntgabe an Private, aber auch an andere Behörden nur zu, wenn der Steuerpflichtige einwilligt hat<sup>340</sup> oder sich die Bekenntgabe auf eine *gesetzliche Grundlage* stützt, die das Steuergeheimnis im Einzelfall aufhebt.<sup>341</sup>

[Rz 261] Als «qualifiziertes Amtsgeheimnis»<sup>342</sup> stellt das Steuergeheimnis eine «besondere Geheimhaltungspflicht» im Sinne der Datenschutzgesetzgebung dar. Die Datenschutzgesetze treten hinter die detaillierten Regelungen der Steuergesetze zum Steuergeheimnis und seinen Durchbrechungen zurück.<sup>343</sup> Dies bedeutet, dass das Steuergeheimnis einer Datenbekenntgabe auf dem Wege der allgemeinen Amtshilfebestimmungen des Verwaltungsverfahrens- und Datenschutzrechts entgegensteht.<sup>344</sup> Eine Datenbekenntgabe ist nur zulässig, sofern sie spezialgesetzlich vorgesehen ist (z.B. Art. 153 Abs. 2 StG BE).<sup>345</sup> Stehen sich in einem konkreten Fall das Steuergeheimnis und eine besondere gesetzliche Verpflichtung zur Datenbekenntgabe gegenüber, ist auf dem Wege der Auslegung zu klären, welche Norm vorgeht.<sup>346</sup> Die herrschende Lehre sieht beispielsweise in Art. 32 ATSG (Amts- und Verwaltungshilfe) eine genügende gesetzliche Grundlage, um das Steuergeheimnis zu durchbrechen,<sup>347</sup> was mit Blick auf den allgemein gefassten Wortlaut der Bestimmung und ihren weiten Anwendungsbereich nicht unproblematisch erscheint.

[Rz 262] Was den zwischenbehördlichen Datenaustausch

<sup>339</sup> BELLANGER, *entraide*, S. 15; MARAIA, *secret*, S. 250; NOËL, *fiscale*, S. 105; WEBER, *Diss.*, S. 151, 184.

<sup>340</sup> Willigt die steuerpflichtige Person in die Datenbekenntgabe «ihrer» Daten ein, liegt grundsätzlich kein Geheimnis mehr vor (Art. 153 Abs. 2 lit. a StG BE); differenzierend MARAIA, *secret*, S. 251 f., 260 f.; skeptisch ZWEIFEL/CASANOVA, *Steuerverfahrensrecht*, § 10 N 8.

<sup>341</sup> Vgl. Art. 39 Abs. 1 Satz 2 StHG; WEBER, *Diss.*, S. 154 f. Die Einwilligung der vorgesetzten Behörde schliesst zwar die Strafbarkeit des betroffenen Beamten aus (Art. 320 Ziff. 2 StGB), vermag aber eine Datenbekenntgabe nur dann materiell zu rechtfertigen, wenn dies gesetzlich so vorgesehen ist, wie in Art. 153 Abs. 2 lit. c StG BE; vgl. MARAIA, *secret*, S. 262 ff., allerdings zu weit, wenn er im Bereich der direkten Steuern Art. 320 Ziff. 2 StGB jegliche Anwendung (auch als strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund) versagt, S. 263, 270 f.

<sup>342</sup> MARAIA, *secret*, S. 251; WEBER, *Diss.*, S. 143; ZWEIFEL, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Art. 39 N 3; ZWEIFEL/CASANOVA, *Steuerverfahrensrecht*, § 10 N 1.

<sup>343</sup> NOËL, *fiscale*, S. 107.

<sup>344</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 3 VRPG BE; Art. 10 Abs. 1 lit. b KDSG BE; Art. 19 Abs. 4 lit. b DSG.

<sup>345</sup> Allgemeine Amtshilfebestimmungen wie z.B. Art. 10 VRPG BE sind keine hinreichende gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 153 Abs. 2 lit. b StG BE; vgl. den (unechten) Vorbehalt in Art. 10 Abs. 3 VRPG BE; BE Taxinfo, *Steuergeheimnis, abrufbar unter: www.taxinfo.sv.fin.be.ch* (besucht am 10. Februar 2009), Ziff. 5.2.

<sup>346</sup> JÖHRI, *Handkommentar DSG*, Art. 19 N 104 f., m.w.H.

<sup>347</sup> MARAIA, *secret*, S. 276; NOËL, *fiscale*, S. 115 f.; CADOSCH, *DBG Kommentar*, Art. 110.

<sup>336</sup> BGE 133 II 114 E. 4.3 S. 120.

<sup>337</sup> In aller Regel handelt es sich um Personendaten im Sinne der Datenschutzgesetzgebung, doch ist dies nicht zwingend; MARAIA, *secret*, S. 251 f.

<sup>338</sup> WEBER, *Diss.*, S. 141.

betrifft, gewährleisten die Steuergesetze also ein deutlich höheres Schutzniveau als das allgemeine Datenschutzrecht.<sup>348</sup> Dieses enthält zwar auch Schranken für den zwischenbehördlichen Datenaustausch, verbietet ihn jedoch nicht grundsätzlich. Die herrschende Lehre begründet die Geheimhaltungswürdigkeit von Steuerdaten damit, dass das Steuergeheimnis notwendiges Korrelat zu den umfassenden steuerlichen Offenbarungspflichten sei.<sup>349</sup> Das Steuergeheimnis gewährleiste den Schutz der Privatsphäre wie auch die ordnungsgemässe Durchführung des Steuerverfahrens (Funktionsschutz).<sup>350</sup> Der grundrechtliche Schutz von Steuerdaten richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen, wie sie für sämtliche Personendaten gelten.<sup>351</sup>

[Rz 263] Die weitgehende Offenbarungspflicht zu *Gunsten* der Steuerbehörden besteht auch im zwischenbehördlichen Verkehr. Art. 155 StG BE und Art. 39 Abs. 3 StHG sehen eine besondere Amtshilfepflicht anderer Behörden vor.<sup>352</sup> Die Bestimmungen verpflichten sämtliche anderen Behörden aller Staatsstufen zu einer umfassenden Auskunftspflicht.<sup>353</sup> Eine so weit reichende Amtshilfebestimmung erscheint mit Blick auf die Vorgaben des verfassungsrechtlichen Datenschutzes heikel. Dass die Steuerbehörden ihrerseits einem strengen Steuergeheimnis unterstehen und der Datenfluss insoweit begrenzt ist, vermag die Anforderungen an einen transparente und sachgerechte Informationsordnung nicht ohne Weiteres zu erfüllen.

## E. Datenschutzgesetze als «Grundordnungen»

### 1. Stellung der Datenschutzgesetze

[Rz 264]

#### Art. 1 KDSG BE Zweck

Dieses Gesetz dient dem Schutz von Personen vor missbräuchlicher Datenbearbeitung durch Behörden.

#### Art. 1 DSG Zweck

Dieses Gesetz bezweckt den Schutz der Persönlich-

keit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden.

#### a) Zusammenspiel von Datenschutz- und Sachgesetzen

[Rz 265] Bund und Kantone haben zur Schaffung einer sachgerechten und transparenten Ordnung der Daten- und Informationsflüsse allgemeine Datenschutzgesetze erlassen. Was den öffentlich-rechtlichen Bereich betrifft, sind die Datenschutzgesetze nach den Worten von Rudin<sup>354</sup> «gleichsam zwischen Verfassung und [Sach-]Gesetz geschoben». Als Querschnittsgesetze setzen sie sach- und rechtsbereichsübergreifend verfassungsrechtliche Vorgaben um. Im Vordergrund stehen dabei Vorgaben, die auf struktureller, prozessualer Ebene ansetzen. Insofern (aber auch *nur* insofern) ist der Begriff «formelles Datenschutzrecht»<sup>355</sup> passend. Zu diesen «Strukturprinzipien» gehören neben den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen des Art. 5 BV vor allem die Anforderungen des Art. 13 Abs. 2 BV: ein sachgerechter und transparenter Umgang mit Personendaten, die Gewährleistung individueller Kenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie die Institutionalisierung adäquater Kontrollen. Im Kanton Bern werden die grundlegenden Anforderungen an den Datenschutz zudem bereits auf Verfassungsebene konkretisiert (Art. 18 KV BE).

[Rz 266] Aus der primär strukturellen Ausrichtung der Datenschutzgesetze folgt aber nicht, dass sie «nicht das konkrete Datenbearbeiten» regeln, insofern also kein «materielles Datenschutzrecht» darstellen.<sup>356</sup> Vielmehr ergibt sich aus dem Zusammenspiel von (allgemeinen) Datenschutzgesetzen und (besonderen) Sachgesetzen die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der konkreten Datenbearbeitung. So lassen es die Datenschutzgesetze namentlich zu, dass von der Sachaufgabe auf die Befugnis zur Datenbearbeitung geschlossen wird (Art. 17 Abs. 1 DSG; Art. 5 Abs. 1 KDSG BE). Der gesetzliche Aufgaben-Befugnis-Schluss richtet den Verwendungszweck der Daten nach der jeweiligen Sachaufgabe, verwebt also das bereichsübergreifende Datenschutzrecht mit dem jeweiligen Sachrecht.

[Rz 267] Im gesetzlichen Aufgaben-Befugnis-Schluss zeigt sich deutlich ein Charakteristikum der Datenschutzgesetze: sie stellen eine bereichsübergreifende Grundordnung des staatlichen Umgangs mit Personendaten auf. Diese positivierte Grundordnung ist Ausdruck davon, dass der Gesetzgeber staatliche Datenbearbeitung nicht mehr als selbstverständlich auffasst, sondern als regelungsbedürftig einstuft. Früher war es selbstverständlich, dass man von einer Sachaufgabe auf die Befugnis zur Datenbearbeitung geschlossen hat. Eine gesetzliche Regelung schien unnötig. Zwischenzeitlich

<sup>348</sup> MARAIA, secret, S. 251; WEBER, Diss., S. 141. An anderer Stelle können Steuergesetze jedoch (zulässigerweise) hinter der Datenschutzgesetzgebung zurücktreten, so etwa bei der Veröffentlichung der Steuerregister, vgl. BGE 124 I 176 E. 5 c/ee S. 180.

<sup>349</sup> MARAIA, secret, S. 254; RASELLI, Informationsaustausch, S. 33; WEBER, Diss., S. 139; ZWEIFEL, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Art. 39 N 3; ZWEIFEL/CASANOVA, Steuerverfahrensrecht, § 10 N 1.

<sup>350</sup> WEBER, Diss., S. 142 ff.

<sup>351</sup> Vgl. Botschaft Anpassung/Harmonisierung, S. 9028; NOËL, fiscale, S. 106.

<sup>352</sup> Art. 154 StG BE befasst sich mit der innerkantonalen Amtshilfe. Art. 39 StHG sieht eine Amtshilfepflicht über die Staatsebenen hinweg vor.

<sup>353</sup> ZWEIFEL, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Art. 39 N 30.

<sup>354</sup> Rudin, Anwendbarkeit, S. 2.

<sup>355</sup> Vgl. RUDIN, Anwendbarkeit, S. 2.

<sup>356</sup> So aber RUDIN, Anwendbarkeit, S. 2.



hat man erkannt, dass die Befugnis zur Datenbearbeitung mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz keine Selbstverständlichkeit sein kann, auch und gerade dann nicht, wenn man die Befugnis zur Datenbearbeitung an der Aufgabenerfüllung orientiert. Der an sich plausible Aufgaben-Befugnis-Schluss wird deshalb *gesetzlich* geregelt.

[Rz 268] Man muss allerdings auch die Grenzen einer solchen bereichsübergreifenden Grundordnung beachten. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des gesetzlichen Aufgaben-Befugnis-Schluss setzt voraus, dass die jeweilige Sachaufgabe präzise umrissen ist. Ansonsten lässt sich der Verwendungszweck der Daten nicht bestimmen und die staatliche Datenbearbeitung nicht hinreichend begrenzen. Die Datenbearbeitung bedarf daher, trotz allgemeiner Datenschutzgesetze, häufig einer klaren spezialgesetzlichen Regelung. Ziel muss ein ausgewogenes Verhältnis zwischen spezialgesetzlicher Regelung und bereichsübergreifender Normierung sein, wobei insbesondere der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz als Prüfmassstab für die Angemessenheit dient.

[Rz 269] Neben den strukturellen, auf eine «Zügelung staatlichen Datenhunger» zielenden Vorgaben der Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 18 Abs. 2 KV BE sind es auch die Vorgaben der Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV, die eine spezialgesetzliche Regelung erforderlich machen. So braucht ein Eingriff in materielle Geheimnisse (Art. 10 Abs. 2 BV) eine gesetzliche Grundlage, die einen *bestimmten* Aufgaben-Befugnis-Zusammenhang herstellt. Die Befugnis zum Bearbeiten *bestimmter* materieller Geheimnisse muss mit einer *bestimmten* Sachaufgabe verknüpft werden. Es wurde bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass ein allgemeiner gesetzlicher Aufgaben-Befugnis-Schluss diese Anforderung nicht erfüllt.

## b) Bindung des Gesetzgebers an die Grundordnung?

[Rz 270] Sofern die Datenbearbeitung spezialgesetzlich geregelt werden muss, stellt sich die Frage, ob der (Sach-) Gesetzgeber dabei an die Datenschutzgesetze gebunden ist. Mit anderen Worten: Stellen die Datenschutzgesetze eigenständige Anforderungen an Normstufe und Normdichte der Spezialgesetze auf? Die Kurzantwort lautet, dass der Gesetzgeber zwar an die grundlegenden Wertungen der Datenschutzgesetze gebunden ist, jedoch nur sofern und soweit sie Ausdruck verfassungsrechtlicher Vorgaben sind. Die Datenschutzgesetze richten sich unmittelbar an die Verwaltungsbehörden, nicht an die Gesetzgeber.<sup>357</sup> Die Datenschutzgesetze sind keine Gesetze mit erhöhter Geltungskraft, keine «Supergesetze», die den Spezialgesetzen übergeordnet sind.

[Rz 271] Andere Auffassungen hat das Bundesgericht zu

Recht abgelehnt. Der Gesetzgeber ist bei seinem Handeln nicht an die Datenschutzgesetze, sondern an die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden. Zwischen den datenschutzgesetzlichen Bearbeitungsgrundsätzen und dem Grundrecht auf Datenschutz nach Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 18 KV BE besteht freilich eine Wertungskonvergenz, die sich schon aus der Entstehungsgeschichte der Verfassungsbestimmungen ergibt.

[Rz 272] Dennoch ist die Unterscheidung wichtig, und zwar nicht nur deshalb, weil eine «Selbstbindung» des Gesetzgebers paradox erschiene. Die verfassungsrechtlichen «Strukturprinzipien» räumen den zuständigen Gesetzgebern erhebliche Umsetzungsspielräume ein, die sie brauchen, um je nach Sachbereich und Rechtsfrage eine verfassungskonforme Lösung zu finden. Diese notwendigen Umsetzungsspielräume dürfen nicht unter Berufung auf die in den Datenschutzgesetzen positivierten Regelungen ausgeschaltet werden. Die Datenschutzgesetze konkretisieren bereichsübergreifend die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Persönlichkeitsschutzes, bringen damit aber nicht zum Ausdruck, dass sie in jedem Sachbereich und auf jede Rechtsfrage die passende Antwort enthalten.<sup>358</sup>

[Rz 273] Spezialgesetze sind also auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung, nicht aber mit den Datenschutzgesetzen zu überprüfen. Daraus folgt, dass spezialgesetzliche Datenschutzbestimmungen im Anwendungsfall nur dann auf ihre Vereinbarkeit mit den Datenschutzgesetzen geprüft werden können, wenn das Spezialgesetz den Verwaltungsbehörden über offenen Normierungen entsprechende Entscheidungsspielräume einräumt (Auslegungsfrage). Bestehen diese Räume nicht, so kann den Spezialgesetzen nur beim Verstoß gegen übergeordnetes Recht die Anwendung versagt werden – wobei die Verwaltungsbehörden nur in offensichtlichen Fällen einschreiten dürfen.

## 2. Geltungsbereich

### a) Ausschluss prozessualer Verfahren

[Rz 274] Das KDSG BE gilt zwar grundsätzlich für jedes Bearbeiten von Personendaten durch Behörden (Art. 4 Abs. 1 KDSG BE). Ausgenommen sind jedoch insbesondere prozessuale Verfahren, d.h. hängige Verfahren der Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechtspflege (Art. 4 Abs. 2 lit. c KDSG BE). Nicht (mehr) unter die Ausschlussklausel fallen erstinstanzliche Verwaltungsverfahren. Sie sind somit vom Anwendungsbereich des DSG erfasst (Art. 23 Abs. 3 KDSG BE).

[Rz 275] Begründet wird der Ausschluss prozessualer

<sup>357</sup> Vgl. aber Art. 37 DSG. Er sieht beim Vollzug von Bundesrecht eine unmittelbare Verpflichtung des kantonalen Gesetzgebers auf die Vorgaben des DSG vor, Art. 37 Abs. 1 DSG.

<sup>358</sup> Vgl. die Ausschlussklauseln in Art. 2 Abs. 2 DSG und Art. 4 Abs. 2 KDSG BE; ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Art. 4 N 4: Es ergibt sich aus der gesetzlichen Grundlage, «ob und inwieweit sie [= die Bundesorgane] im Rahmen einer bestimmten Datenbearbeitung von der Einhaltung der Bearbeitungsgrundsätze ausnahmsweise befreit sind (...)».

Verfahren damit, dass die Verfahrensordnungen die Daten- und Informationsflüsse hinreichend begrenzen und ein Nebeneinander von verschiedenen Regelungen nur verwirren könnte.<sup>359</sup> Zulässigkeit und Schranken der Datenbearbeitung würden im Beweisrecht einlässlich geregelt und den (Verfahrens-)Beteiligten kämen – abgeleitet aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör – namentlich Informationsrechte und Einflussmöglichkeiten zu. Die daraus folgende These, dass «Prozessrecht (...) in einem gewissen Sinne immer auch Datenschutzrecht»<sup>360</sup> sei, gilt jedenfalls nur für die Verfahrensbeteiligten und darf auch bei ihnen nicht unbesehen übernommen werden.<sup>361</sup>

[Rz 276] Begründet wird der Ausschluss prozessualer Verfahren damit, dass die Verfahrensordnungen die Daten- und Informationsflüsse hinreichend begrenzen und ein Nebeneinander von verschiedenen Regelungen nur verwirren könnte.<sup>362</sup> Zulässigkeit und Schranken der Datenbearbeitung würden im Beweisrecht einlässlich geregelt und den (Verfahrens-)Beteiligten kämen – abgeleitet aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör – namentlich Informationsrechte und Einflussmöglichkeiten zu. Die daraus folgende These, dass «Prozessrecht (...) in einem gewissen Sinne immer auch Datenschutzrecht»<sup>363</sup> sei, gilt jedenfalls nur für die Verfahrensbeteiligten und darf auch bei ihnen nicht unbesehen übernommen werden.<sup>364</sup>

[Rz 277] Mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 13 Abs. 2 BV ist es daher unerlässlich, das Verwaltungsverfahren dem Geltungsbereich der Datenschutzgesetze zu unterstellen. Während das DSG von Beginn an eine solche Regelung vorsah,<sup>365</sup> gilt dies für das KDSG BE erst seit dem 1. Januar 2009.<sup>366</sup>

[Rz 278] Doch wie stehen das VRPG BE und das KDSG BE zueinander? Die Frage lässt sich letztlich nicht logisch, sondern nur wertend beantworten.<sup>367</sup> Der bernische Gesetzgeber wollte dem KDSG BE nicht «in jedem Fall und ohne weiteres» den Vorrang vor dem VRPG BE einräumen.<sup>368</sup> Es gälten die allgemeinen Auslegungsregeln (z.B. Vorrang der *lex specialis*). Was den behördlichen Informationsaustausch betrifft, führt eine wertende Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln dazu, dass die Datenbearbeitung nach VRPG BE stets die Vorgaben des KDSG BE einzuhalten hat. Als Querschnittsgesetz enthält das VRPG BE in Art. 10 einzig eine allgemeine Amtshilfebestimmung, verpflichtet die Behörden also zu einem Informationsaustausch, bei dem die Schranken der Rechtsordnung, darunter diejenigen des KDSG BE, zu beachten sind. Etwas anderes folgt auch nicht aus den beweisrechtlichen Bestimmungen des VRPG BE. Wird eine Behörde um einen Amtsbericht nach Art. 19 Abs. 1 Bst. b VRPG BE ersucht, hat sie die Schranken der Datenschutzgesetzgebung zu beachten.<sup>369</sup>

#### b) «lex specialis»

[Rz 279] Das Bundesgericht hat mit Bezug auf das DSG entschieden, dass dieses zurücktrete, sofern eine spezialgesetzliche Bestimmung uneingeschränkt zur Datenbekanntgabe verpflichtet.<sup>370</sup> Dem ist, nach dem oben Gesagten, auch mit Bezug auf das KDSG BE zuzustimmen. Weder das DSG noch das KDSG BE sind «Supergesetze» mit erhöhter Geltungskraft.<sup>371</sup>

[Rz 280] Es sei nochmals betont, dass die gegenteilige Auffassung häufig zwei getrennt zu behandelnde Fragen vermengt: die Frage, ob der Gesetzgeber die Anforderungen des verfassungsrechtlichen Datenschutzes hinreichend ge-

<sup>359</sup> Botschaft DSG, S. 442 f.; Vortrag KDSG BE, S. 3.

<sup>360</sup> Botschaft DSG, S. 442.

<sup>361</sup> Vgl. nur die Bestimmungen zur Datenbearbeitung in den Art. 95 ff. der eidg. StPO, deren Erlass gerade damit begründet wurde, dass die StPO ansonsten keinen genügenden Schutz biete, namentlich was Drittpersonen betreffe (Botschaft StPO, S. 1159).

<sup>362</sup> Botschaft DSG, S. 442 f.; Vortrag KDSG BE, S. 3.

<sup>363</sup> Botschaft DSG, S. 442.

<sup>364</sup> Vgl. nur die Bestimmungen zur Datenbearbeitung in den Art. 95 ff. der eidg. StPO, deren Erlass gerade damit begründet wurde, dass die StPO ansonsten keinen genügenden Schutz biete, namentlich was Drittpersonen betreffe (Botschaft StPO, S. 1159).

<sup>365</sup> Mit der etwas erstaunlichen Begründung, dass es «ansonsten in weiten Bereichen des Verwaltungshandelns für die Betroffenen keine Datenschutzgarantien gäbe» (Botschaft DSG, S. 443). Dabei ist das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren im VwVG genauso einlässlich geregelt wie das Beschwerdeverfahren, bei welchem aus diesem Grund die Geltung des DSG ausgeschlossen wurde (Botschaft DSG, S. 443).

<sup>366</sup> Vortrag Änderung KDSG BE, S. 3 f. Zuvor wurde das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren nicht vom DSG erfasst; vgl. den «leading case» des Berner Verwaltungsgerichts, VGE Nr. 18226 vom 26. August 1991, E. 3b, publ. in BVR 1992, S. 80 ff., 83, mit der Begründung, dass der Gesetzgeber kein Nebeneinander von Regelungen (KDSG BE und VRPG BE) wollte, die im Wesentlichen denselben Schutzzweck verfolgen.

<sup>367</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 220; BGE 124 III 170 E. 3b in fine S. 172.

<sup>368</sup> Vortrag Änderung KDSG BE, S. 4.

<sup>369</sup> Zum Amtsbericht siehe unten Rz. 286 f.

<sup>370</sup> BGE 124 I 176 E. 5c/ee S. 180; 133 V 359 E. 6.4 S. 362; ferner 126 II 126 E. 5 S. 131 ff.; JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 17 N 5, Art. 19 N 11 f.; BSK DSG-JÖHRI/STUDER, Art. 17 N 36, Art. 19 N 38; enger: Botschaft DSG, S. 444, die dem DSG bei einem Widerspruch zu spezifischen Datenschutzbestimmungen «nach den allgemeinen Auslegungsregeln» grundsätzlich Vorrang einräumt. Vorbehalten seien strengere Datenschutznormen und in sich geschlossene Datenschutzkonzeptionen in Spezialgesetzen. Begründung: Das DSG als Querschnittsgesetz gelte grundsätzlich für alle privaten und öffentlichen Informationstätigkeiten. Dies überzeugt nicht, spricht die Begründung mit Blick auf die «allgemeinen Auslegungsregeln» (*lex specialis*!) doch eher für das Gegenteil; ähnlich aber BGE 128 II 311 E. 8.4 S. 327; entscheidend ist nicht, ob das Spezialgesetz eine «geschlossene Datenschutzkonzeption» enthält, sondern ob es eine *bestimmte* datenschutzrechtliche Frage (z.B. Auskunftspflicht einer Behörde) abschliessend regelt, auch wenn kein Gesamtkonzept vorliegt, vgl. ROSENTHAL/JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 2 N 3.

<sup>371</sup> BGE 124 I 176 E. 5 c/ee S. 180: Es wäre ein Widerspruch zur Gleichrangigkeit der Gesetze, wenn die Gültigkeit konkreter spezialgesetzlicher Regelungen davon abhängen würde, dass diese Regelungen den in den Datenschutzgesetzen enthaltenen Wertungen entsprächen.

währleistet hat, mit der Frage, welche Entscheidungsspielräume den involvierten Behörden zustehen. Über die Berufung auf die allgemeinen Datenschutzgesetze öffnen sich für die Behörden vielfach Entscheidungsspielräume, die ihnen der Gesetzgeber mit einer klaren spezialgesetzlichen Regelung gerade nicht einräumen wollte. Unter Vorbehalt offensichtlicher Verstösse ist es nicht Sache der (erstinstanzlichen) Verwaltungsbehörde zu beurteilen, ob der Gesetzgeber die Vorgaben des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes hinreichend umgesetzt hat. Wie bereits ausgeführt, kann eine uneingeschränkte gesetzliche Pflicht zur Datenweitergabe nicht über die Datenschutzgesetzgebung im Einzelfall aufgeweicht werden.<sup>372</sup>

### 3. Datenbearbeitung und -bekanntgabe nach KDSG BE

[Rz 281]

#### Art. 5 KDSG BE Zulässigkeit a allgemein

<sup>1</sup> Personendaten dürfen nur bearbeitet werden, wenn das Gesetz ausdrücklich dazu ermächtigt oder wenn das Bearbeiten der Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe dient.

<sup>2</sup> Der Zweck des Bearbeitens muss bestimmt sein.

<sup>3</sup> Die Personendaten und die Art des Bearbeitens müssen für die Aufgabenerfüllung geeignet und notwendig sein.

<sup>4</sup> Personendaten dürfen nicht für einen Zweck bearbeitet werden, der nach Treu und Glauben mit dem Zweck unvereinbar ist, für den sie ursprünglich beschafft oder der Behörde bekanntgegeben worden sind. Vorbehalten bleiben die Artikel 10, 12 und 15.

<sup>5</sup> Das Amtsgeheimnis oder besondere Geheimhaltungspflichten bleiben vorbehalten.

#### Art. 6 KDSG BE Zulässigkeit b besonders schützenswerte Personendaten

Besonders schützenswerte Personendaten dürfen nur bearbeitet werden, wenn zusätzlich

a die Zulässigkeit sich aus einer gesetzlichen Grundlage klar ergibt, oder

b die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe es zwingend erfordert, oder

c die betroffene Person ausdrücklich zugestimmt hat.

**Art. 10 KDSG BE Bekanntgabe a an Behörden** <sup>1</sup> Personendaten werden einer anderen Behörde bekanntgegeben, wenn

a die verantwortliche Behörde zur Erfüllung ihrer Aufgabe gesetzlich dazu verpflichtet oder ermächtigt ist, oder

b die Behörde, die Personendaten verlangt, nachweist, dass sie zu deren Bearbeitung gesetzlich befugt ist und keine Geheimhaltungspflicht entgegensteht, oder

c trotz Unvereinbarkeit der Zwecke die betroffene Person ausdrücklich zugestimmt hat oder es in ihrem Interesse liegt.

2 Die Einwohnerkontrolle gewährt zu amtlichen Zwecken Einsicht in das Register der Niedergelassenen und Aufenthalter und erteilt Auskunft.

#### Art. 14 Bekanntgabe c gemeinsame Bestimmung

<sup>1</sup> Die Bekanntgabe von Personendaten kann aus überwiegenden öffentlichen oder besonders schützenswerten privaten Interessen verweigert, eingeschränkt oder mit Auflagen verbunden werden.

<sup>2</sup> Stehen Personendaten unter dem Schutz besonderer Geheimhaltungsvorschriften, so dürfen sie nur bekanntgegeben werden, wenn der Empfänger einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht untersteht.

[Rz 282] An dieser Stelle genügen zwei Hinweise auf heikle Stellen der Grundordnung staatlicher Datenbearbeitung nach dem KDSG BE. Zum einen weist das Gesetz eine deutliche Schutzlücke bezüglich sensibler Daten auf. Es lässt die Bearbeitung besonders schützenswerter Daten zu, wenn die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe es zwingend erfordert. Der gesetzliche Aufgaben-Befugnis-Schluss scheint hier sehr problematisch. Der Eingriff in individualrechtliche Teilgehalte des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes braucht in aller Regel eine spezialgesetzliche Grundlage.<sup>373</sup> Denn nur sie schafft eine klare Kompetenznorm und damit die Befugnis *bestimmte* sensible Daten für *bestimmte* Aufgaben einzusetzen.

[Rz 283] Zum anderen interessiert im Rahmen des Gutachtens vor allem die Datenbekanntgabe. Sie wird im KDSG BE in Art. 10 ff. eigenständig geregelt. Das bedeutet vorab, dass bereits die Grundordnung den Bedarf nach interbehördlichem Datenaustausch anerkennt. Der Datenaustausch muss also nicht zwingend spezialgesetzlich geregelt werden. Als Element der Grundordnung gilt die Datenbekanntgabe nach KDSG BE allerdings nur subsidiär. Spezialgesetzliche Sondervorschriften, seien es besondere Amtshilfe- oder besondere Geheimnisvorschriften, gehen der Regelung nach Art. 10 KDSG BE vor.

[Rz 284] Das KDSG BE räumt den involvierten Behörden eine weite Prüfungsbefugnis bei der Bekanntgabe der Daten

<sup>372</sup> Wohl a.M. BELLANGER, *entraide*, S. 23, ohne weitere Begründung.

<sup>373</sup> Unter restriktiven Voraussetzungen könnte eventuell eine Ausnahme gemacht werden, wenn die Datenbearbeitung nur ausnahmsweise erfolgt, die Aufgabe im Gesetz klar umschrieben und die Datenbearbeitung unentbehrlich ist, vgl. Art. 17 Abs. 2 lit. a DSGVO.

zu (Art. 14 KDSG BE). So ist namentlich auch die um Datenauskunft ersuchte Behörde berechtigt, eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Dies erscheint richtig, da die allgemeine, bereichsübergreifende Grundordnung den involvierten Behörden keine (sachbereichs-)spezifischen Grenzen der Datenbekanntgabe ziehen kann. Das KDSG BE lässt die Datenbekanntgabe – unter Vorbehalt besonderer Bestimmungen – in relativ weitem Umfang zu, weitet aber auch die Prüfungsbefugnis der Behörden entsprechend aus.

[Rz 285] Diese beiden Hinweise zeigen deutlich, weshalb eine spezialgesetzliche Regelung der Datenbearbeitung im Allgemeinen und der Datenbekanntgabe im Besonderen sinnvoll ist. Nur spezialgesetzliche Regelungen vermögen zum einen eine ausreichend bestimmte gesetzliche Grundlage für die Bearbeitung sensibler Daten zu bilden und zum anderen Entscheidungsspielräume der involvierten Behörden einzugrenzen sowie klare und präzise Grenzen zulässiger Datenbekanntgabe festzulegen.

## F. Hinweis: Amtsberichte

[Rz 286] Amtsberichte sind im Kanton Bern ein gesetzlich geregeltes Beweismittel (Art. 19 Abs. 1 lit. b VRPG BE). Sie sind *mehr* als blosser Auskunft und erlauben einer Behörde, das Fachwissen einer anderen Behörde über eine eigentliche Stellungnahme (inkl. Würdigung und Schlussfolgerung) einzuholen.<sup>374</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog<sup>375</sup> fassen den Datenaustausch im Rahmen der Amtshilfe nach Art. 10 VRPG BE nicht als Amtsbericht auf, da dieser immer Fachwissen der ersuchten Behörde verfügbar mache, d.h. keine blosser Hilfeleistung, sondern eine Stellungnahme sei. Umgekehrt nehmen sie an, dass ein Amtsbericht kein Fall von Amtshilfe sei.<sup>376</sup>

[Rz 287] Es besteht u.E. kein Grund, die Amtshilfe auf «blosse Auskünfte» zu beschränken und einlässliche Stellungnahmen nicht darunter zu subsumieren.<sup>377</sup> Auch das Darlegen einer Amtsmeinung ist Hilfeleistung. In der zutreffenden

Umschreibung von Kölz/Bosshart/Röhl<sup>378</sup> umfasst die Amtshilfepflicht «die Herausgabe von Akten, die Erstattung von Amtsberichten und die Erteilung von Auskünften». Entscheidend ist, dass eine *Pflicht* der ersuchten Behörde, an der Sachverhaltsabklärung der ersuchenden Behörde mitzuwirken, nur im Rahmen der Amtshilfe besteht. Sofern etwa eine Behörde andere Behörden regelmässig um Auskünfte nachsucht, sprengt dies den Rahmen der Amtshilfe und eine Pflicht zur Auskunft lässt sich nicht mehr auf Art. 10 VRPG BE stützen.

## G. Stellungnahme zum Urteil des Bundesgerichts 2A.692/2006 vom 1. Februar 2007

### 1. Vorbemerkung: Derogatorische Kraft des Bundesrechts (Art. 49 BV) und Massgeblichkeitsgebot nach Art. 190 BV

[Rz 288] Unseres Erachtens lässt sich eine «Kollision» zwischen allgemein gehaltener Amtshilfenorm auf Bundesebene (z.B. Art. 97 Abs. 2 AuG) und besonderer Geheimhaltungspflicht auf kantonaler Ebene nicht alleine über den Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts lösen (Art. 49 Abs. 1 BV). Datenschutzrechtliche Bedenken weckt eine allgemeine Amtshilfenorm vor allem wegen ihrer Unbestimmtheit, die den strukturellen Anforderungen von Art. 13 Abs. 2 BV nicht genügt. Art. 13 Abs. 2 BV stellt hohe Anforderungen an die *gesetzliche* Grundlage. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber muss seinen klaren Willen *klar äussern*.

[Rz 289] Sofern sich der gesetzgeberische Wille nicht eindeutig feststellen lässt, ist im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung anzunehmen, dass die unbestimmt gehaltene Norm besondere Geheimhaltungspflichten aus *strukturellen* Gründen nicht durchbrechen kann. Auch der Bundesgesetzgeber ist verpflichtet, klare und bestimmte gesetzliche Grundlagen zu schaffen (Art. 5 und 36 BV) und es ist anzunehmen, dass er dieser Verpflichtung nachkommen wollte.

[Rz 290] Erst wenn sich ergibt, dass der Bundesgesetzgeber seinen *klaren* Willen unklar bzw. unbestimmt zum Ausdruck gebracht hat, muss die Norm trotz ihrer Unbestimmtheit angewendet werden (Art. 190 BV) und geht dem kantonalen Recht zweifellos vor (Art. 49 BV).

[Rz 291] Diese strukturellen Überlegungen setzen allerdings voraus – und hier schliessen wir an die bisherige Praxis an –, dass die besondere Geheimhaltungsbestimmung im kantonalen Recht materiell, d.h. inhaltlich bzw. wertungsmässig, dem Bundesrecht entspricht. Wo ein Kanton über besondere Geheimhaltungsbestimmungen Interessen schützt, für die

<sup>374</sup> MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 10 N 7; für ZH vgl. KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar VRG ZH, § 7 N 31.

<sup>375</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 19 N 16.

<sup>376</sup> MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 10 N 7. Ähnlich KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar VRG ZH, § 7 N 31, die Amtsberichte allerdings als eine Form von Amtshilfe einstufen und den Datenschutz vorbehalten (§ 7 N 73); ferner AUER, VwVG-Kommentar, Art. 12 N 42, der die Vermittlung amtlicher Fachkunde als Gutachten nach Art. 12 lit. e VwVG und nicht als Auskunft nach Art. 12 lit. c VwVG (Amtsbericht) qualifiziert, jedenfalls aber den Datenschutz vorbehält (N 44 in fine); andere Terminologie bei KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 12 N 179 ff.; WEISSENBERGER/WALDMANN, Praxiskommentar VwVG, Art. 14 N 13; unklar Stellungnahme des Regierungsrates vom 12. März 2008 zu den Motionen Brand/Siegenthaler (196/07) und Fuchs (198/07), Tagblatt 2008, S. 394.

<sup>377</sup> A.M. MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 10 N 7.

<sup>378</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar VRG ZH, § 7 N 73 zu Beginn.



das Bundesrecht keinen Raum lässt, ist der Bund nicht an diese Geheimhaltungsbestimmungen gebunden. Er kann darüber hinwegsehen (Art. 49 Abs. 1 BV). An dieser Stelle, und nur an dieser Stelle, ist inhaltlichen Gesichtspunkten eine stärkere Stellung als strukturellen Gesichtspunkten einzuräumen. Wenn man nicht schutzwürdige kantonale Geheimhaltungsbestimmungen alleine aus strukturellen Gründen dem Bundesrecht vorgehen lassen möchte, wäre es ein Leichtes, bundesrechtlich vorgesehene Datenflüsse über kantonale Vorschriften an Stellen zu blockieren, wo dies nicht schützenswert ist. Dabei ist aber der grosse Spielraum zu beachten, den kantonale Gesetzgeber im Festlegen schützenswerter privater und öffentlicher Interessen haben. Strukturelle Anforderungen haben materiellen Gesichtspunkten nur in offensichtlichen Fällen zu weichen, eben dann, wenn das strukturelle Recht vorgeschoben wird, um bundesrechtlich vorgesehene Datenflüsse zu unterbinden («Rechtsmissbrauchsfälle»).

[Rz 292] Da die strukturellen Anforderungen in Lehre und Praxis allerdings noch nicht anerkannt sind, muss dem kantonalen Gesetzgeber ein *pragmatisches Vorgehen* entlang der bisherigen Praxis empfohlen werden. Diese Praxis entscheidet nach materiellen, d.h. inhaltlichen Gesichtspunkten, ob sich eine kantonale Norm mit dem Bundesrecht verträgt. Strukturellen Aspekten wird kaum Rechnung getragen.

## 2. Praxis: Vorrang der Auskunftspflicht

[Rz 293] In BGE 124 III 170 äussert sich das Bundesgericht zur Kollision zwischen der Auskunftspflicht im Pfändungsverfahren<sup>379</sup> und der Schweigepflicht in der AHV.<sup>380</sup> Eine Kollision zwischen Schweige- und Auskunftspflicht lasse sich – so das Bundesgericht – oftmals nicht «logisch», sondern nur «wertend» lösen und im zwischenbehördlichen Verhältnis sei der *Auskunftspflicht Vorrang einzuräumen*, wenn die Daten für die ersuchende Behörde im Einzelfall zur Erfüllung ihrer Aufgaben unentbehrlich seien<sup>381</sup> und die betroffene Person die Daten der Behörde bekannt geben müsse.<sup>382</sup>

[Rz 294] Im Urteil 2A.692/2006 vom 1. Februar 2007 hat das Bundesgericht diese Praxis bestätigt und auf das Ausländerrecht übertragen, indem es einen kommunalen Sozialdienst des Kantons Freiburg aus den genannten Gründen zur Auskunft gegenüber der kantonalen Ausländerbehörde verpflichtete (E. 4.2.2). Alternativ wurde die Auskunftspflicht über das Freiburger VRG begründet (E. 4.2.3).<sup>383</sup> Die besondere

Tragweite dieses Falls liegt darin, dass das Bundesgericht die im Schuldbetreibungsrecht entwickelte Praxis auf ein anderes Rechtsgebiet überträgt und damit zumindest den Anschein erweckt, als handle es sich um allgemeingültige Erwägungen.

[Rz 295] Die bundesgerichtliche Praxis ist problematisch, weil sie (a) weder die Amtshilfegrundsätze noch (b) den verfassungsrechtlichen Datenschutz nach Art. 13 Abs. 2 BV noch (c) die schutzwürdigen öffentlichen und privaten Interessen genügend berücksichtigt.<sup>384</sup> Letzteres deshalb, weil die geschilderte Praxis den Schutzzweck spezialgesetzlicher Schweigepflichten auf den Schutz informationeller Privatheit und damit auf die Gewährleistung des Vertraulichkeitsinteresses nach Art. 10 Abs. 2 BV verkürzt.

### a) Amtshilfegrundsätze

[Rz 296] Es ist ein anerkanntes Charakteristikum der Amtshilfe, dass sie sich nach dem *Recht der ersuchten Behörde* richtet. Allgemeine Amtshilfebestimmungen, wie sie etwa in Art. 10 VRPG BE, Art. 19 DSG oder – hierüber hat das Bundesgericht schon entschieden – in Art. 356 Abs. 1 StGB<sup>385</sup> anzutreffen sind, verweisen die um Amtshilfe ersuchte Behörde für Inhalt und Form der erbetenen Hilfeleistung auf ihr eigenes Recht, d.h. auf das für diese Behörde geltende materielle und formelle Recht.<sup>386</sup> Allgemeine Amtshilfebestimmungen statuieren keine unbeschränkte Offenbarungspflicht,<sup>387</sup> sondern stehen unter dem Vorbehalt, dass die ersuchte Handlung nach dem Recht der ersuchten Behörde zulässig ist.

[Rz 297] Das gilt auch dann wenn eine allgemein gefasste Amtshilfebestimmung in einem Spezialgesetz anzutreffen ist (z.B. Art. 97 Abs. 2 AuG<sup>388</sup>). Darunter fallen Bestimmungen, die einer bestimmten Behörde für die Erfüllung bestimmter Aufgaben das Recht geben, alle anderen Behörden (oder einen weiten Behördenkreis) um Amtshilfe zu ersuchen.<sup>389</sup> Es handelt sich dabei um «allgemeine» Amtshilfebestimmungen, weil sie weder die ersuchte Behörde noch die von

---

(i.c.: Freiburger VRG) dem strukturellen Datenschutz (Art. 13 Abs. 2 BV) zumindest im Verwaltungsverfahren nicht genügend Rechnung trägt. Dies sieht man auch daran, dass die Argumentationslinie in einer Interessenabwägung endet.

<sup>384</sup> Kritisch auch die Besprechung des Urteils durch WERMELINGER, S. 72 f.: Der Entscheid scheine den Ausländerbehörden einen «Freipass zum Schnüffeln» zu erteilen und lasse insb. «fishing expeditions» zu. Auch wenn diese Gefahr besteht, muss das Urteil in viel grundsätzlicher Hinsicht kritisiert werden.

<sup>385</sup> Vgl. Art. 352 Abs. 1 aStGB; Art. 44 eidg. StPO (noch nicht in Kraft).

<sup>386</sup> BGE 71 IV 170 E. 1 S. 174; 87 IV 138 E. 4 S. 141; 119 IV 86 E. 2a S. 88.

<sup>387</sup> BGE 87 IV 138 E. 4 S. 141.

<sup>388</sup> Wortlaut: «Andere Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sind verpflichtet, die für den Vollzug dieses Gesetzes notwendigen Daten und Informationen auf Verlangen den Behörden nach Absatz 1 [= den Ausländerbehörden] bekannt zu geben.»

<sup>389</sup> Vgl. SCHLINK, Habil., S. 213.

<sup>379</sup> Art. 91 Abs. 5 SchKG.

<sup>380</sup> aArt. 50 AHVG, aArt. 209bis AHVV.

<sup>381</sup> («Verschärfter») Amtshilfefall, vgl. Art. 19 DSG.

<sup>382</sup> Dann bestehe kein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung.

<sup>383</sup> Auf diese Argumentationslinie wird nachfolgend nicht näher eingegangen. Sie nahm die vorinstanzliche Begründung auf (Urteil des Verwaltunggerichtshofes des Kantons Freiburg vom 10. Oktober 2006, publ. in FZR 2006, S. 217 ff.), vermag aber nicht zu überzeugen, da das Verfahrensrecht

ihr zu erbringenden Hilfeleistungen spezifizieren.<sup>390</sup> Sofern Mitteilungspflichten und Auskunftsrechte weder bestimmte Informationsgegenstände noch bestimmte Informationspflichtige bezeichnen, sind es *blosse Wiederholungen* des allgemeinen (informationellen) Amtshilfegebots und haben sich an dessen Schranken zu halten.<sup>391</sup> Hier zeigt sich erneut die «dogmatische Sprengkraft» des Amtshilfeinstituts: Würde man eine allgemeine Amtshilfebestimmung genügen lassen, um das Recht der ersuchten Behörde beiseite zu schieben, läge darin eine problematische Durchbrechung bestehender Zuständigkeits- und Kompetenzgrenzen.

[Rz 298] Solange man nun aber die besondere Brisanz *informationeller* Amtshilfe nicht berücksichtigt (siehe unten b), lässt es sich bei einer Kollision zwischen allgemeiner Amtshilfebestimmung und besonderer Geheimhaltungspflicht nicht vermeiden, dass im Einzelfall auf dem Wege der Auslegung eine *materielle Interessenabwägung* stattfindet: d.h. Geheimhaltungsinteressen gegen die Interessen an einer Amtshilfeleistung abgewogen werden. Die besondere Geheimhaltungsbestimmung ist in «harmlosen» Amtshilfefällen ein *überwindbares Hindernis* für eine Hilfeleistung gestützt auf eine allgemeine Amtshilfebestimmung und keine absolute Schranke. Mit anderen Worten: Sofern eine Abwägung zwischen dem materiellen Bedürfnis an der Hilfeleistung und dem (gesetzlich verankerten) Bedürfnis an Geheimhaltung zu Gunsten der Hilfeleistung ausfällt, steht das Legalitätsprinzip als Struktur- bzw. formelles Prinzip einer Hilfeleistung nicht entgegen.<sup>392</sup> – Im Übrigen gilt genauso, dass im Einzelfall ungeschriebene Geheimhaltungsinteressen einer gesetzlich vorgesehenen Amtshilfeleistung entgegenstehen können.

## b) Verfassungsrechtlicher Datenschutz (Art. 13 Abs. 2 BV)

[Rz 299] Aus einer Interessenabwägung im Einzelfall resultieren Unsicherheit und Unberechenbarkeit darüber, welche Daten eine Behörde einer anderen Behörde im Einzelfall zur Verfügung stellen darf. Zudem besteht zumindest tendenziell die Gefahr eines unbegrenzten Datenaustauschs, da die um Amtshilfe ersuchende Behörde immer ein öffentliches Interesse am Datenaustausch geltend machen kann: Sie braucht die Daten zur Erfüllung ihrer Aufgaben. Wegen solcher Tendenzen stellt der verfassungsrechtliche Datenschutz nach Art. 13 Abs. 2 BV *verschärfte Anforderungen an die Bestimmtheit bzw. Klarheit gesetzlicher Regelungen zum Datenaustausch* auf. Als strukturelle Garantie setzt Art. 13

Abs. 2 BV zum einen der materiellen Interessenabwägung Grenzen und gewährleistet damit eine begrenzte, berechenbare und transparente Regelung staatlicher Datenflüsse. Als strukturelle Garantie ist Art. 13 Abs. 2 BV zum anderen Voraussetzung rechtmässigen Staatshandelns und nicht ein Element materieller Interessenabwägung. Wie hoch das Bedürfnis an einer materiellen Amtshilfeleistung auch sein mag, sie muss immer den Strukturanforderungen von Art. 13 Abs. 2 BV genügen.

[Rz 300] Dagegen kann man auch nicht einwenden, dass an einer Auskunft im Einzelfall ein starkes Bedürfnis bestehe und dieses nicht an «formellen» bzw. «strukturellen» Hindernissen scheitern dürfe. Eine solche Argumentation verkennt die dogmatische Sprengkraft informationeller Amtshilfe. Es sind diese *Auskünfte im Einzelfall*, die zu einem unbegrenzten, unberechenbaren und intransparenten staatlichen Umgang mit Personendaten führen.

## c) Schutzwürdige Interessen

[Rz 301] Das Bundesgericht verkürzt den Schutzzweck besonderer Geheimnisbestimmungen auf die Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Person am «Informationsinhalt». Nur unter diesem (viel zu) *engen* Blickwinkel trifft es zu, dass die betroffene Person kein «schützenswertes Interesse» an der Geheimhaltung ihrer persönlichen Daten gegenüber einer Behörde hat, der sie diese Daten bekannt geben muss. Die Geheimhaltungsvorschriften können jedoch noch andere Interessen schützen, und zwar individualrechtliche wie öffentliche Interessen.

[Rz 302] Ein Beispiel für individualrechtliche Interessen ist Art. 12 BV, der einer Nothilfe ausrichtenden Behörde die Weitergabe von Daten an die Fremdenpolizei untersagt. Ein Beispiel für öffentliche Interessen ist das Interesse an einer ordnungsgemässen Aufgabenerfüllung. Beispiel kann hier die Sozialhilfe sein, sofern der Gesetzgeber das Vertrauensverhältnis zwischen Sozialbehörde und Gesuchsteller als notwendig für die ordnungsgemässe Erbringung von Sozialhilfeleistungen erachtet.

[Rz 303] In diesen Fällen steht weniger der Informationsgehalt der Daten als deren *Bekanntgabe durch die betreffende Behörde* im Vordergrund (Kontextbezogenheit). Somit darf nicht ohne weitere Begründung von der Auskunftspflicht der betroffenen Person auf die Auskunftspflicht einer anderen Behörde geschlossen werden. Es kann durchaus erheblich sein, *wer* zur Auskunft verpflichtet ist, und nicht nur, *worüber* Auskunft gegeben werden muss.

[Rz 304] Widerspricht nun eine *konkret gefasste Auskunftspflicht* einer besonderen Geheimhaltungsbestimmung, so ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Es mag Konstellationen geben, in denen die Schweigepflicht eindeutig Vorrang beansprucht, etwa beim Nothilfe-Beispiel (Art. 12 BV) oder bei zulässiger Berufung auf den *nemo-tenetur*-Grundsatz. Im Regelfall bleibt es aber eine Frage der (wertenden)

<sup>390</sup> SCHLINK, Habil., S. 213 f.

<sup>391</sup> SCHLINK, Habil., S. 307 f.

<sup>392</sup> DREHER, Diss., S. 101 ff.; SCHLINK, Habil., S. 308 ff., der eine Güter- und Interessenabwägung zwischen spezialgesetzlicher Geheimhaltungspflicht und allgemeiner Amtshilfevorschrift dann zulässt, wenn die Amtshilfenorm aus einer Zeit stammt, in der sich der Gesetzgeber der Notwendigkeit einer präzisen gesetzlichen Regelung von Informationsakten noch nicht bewusst war.

Auslegung, ob die Schweige- oder die Auskunftspflicht im konkreten Fall vorgeht.

[Rz 305] In besonders gelagerten Fällen kann der Vertrauensschutz i.S. von Art. 9 BV den Schutz der Vertraulichkeit der Beziehung gewährleisten; nämlich dann, wenn die Vertraulichkeit staatlich zugesichert wird («Ich verspreche Ihnen, was Sie mir in diesen Räumen sagen, wird vertraulich behandelt...»). Allerdings ist dieser individualrechtliche Schutz der Vertrauensbeziehung nur ein Ausnahmefall, der noch dazu häufig an Beweisschwierigkeiten stossen dürfte.

[Rz 306] Allgemein gesprochen liegt zudem die Wahrung der Vertrauensbeziehung als Essentialie für eine ordentliche Aufgabenerfüllung im Interesse des Staates. Der Staat schneidet sich (auch) ins eigene Fleisch, wenn er eine Geheimhaltungspflicht vorsieht, diese dann aber über weitgehende Auskunfts- und Meldepflichten aushöhlt (auch wenn sie präzise gefasst sind): Er muss sich nicht wundern, wenn die Privaten ihren Offenbarungspflichten nicht mehr freiwillig bzw. vollumfänglich nachkommen.

## **H. Schlussfolgerungen / Kernpunkte für das weitere Vorgehen**

### **1. Ziel einer umfassenden Regelung**

[Rz 307] Nach unserer Einschätzung rühren verschiedene praktische Probleme beim Datenaustausch im Umfeld der Sozialhilfe daher, dass die Modalitäten des Datenaustauschs im Berner Sozialhilfegesetz nur rudimentär geregelt sind. Art. 8 SHG BE statuiert zwar eine grundsätzliche Schweigepflicht der Behörden, doch müssen die Behörden aufgrund dieser Bestimmung selbst beurteilen, welche Informationen «ihrer Natur nach» geheim zu halten sind. Weiter verweist Art. 8 SHG BE auf (nicht näher bezeichnete) besondere Vorschriften. Zudem finden sich im Berner Sozialhilfegesetz keine Angaben darüber, welche staatlichen oder privaten Stellen gegenüber der Sozialhilfebehörde zur Mitteilung von Informationen verpflichtet sind und wem die Sozialhilfebehörden Informationen bekannt geben dürfen. Zu diesen Fragen lassen sich zwar in anderen Erlassen teilweise Antworten finden (z.B. VRPG BE, KDSG BE), doch verbleibt bei den Sozialhilfebehörden, die zudem auch nicht immer über spezialisiertes juristisches Personal verfügen, eine beachtliche Unsicherheit.

[Rz 308] Nach der hier vertretenen Auffassung sollte eine künftige Neuregelung des Informationsaustauschs im Umfeld der Sozialhilfe – abgestimmt auf gleich- und höherrangiges Recht – so vollständig und transparent wie möglich im Sozialhilfegesetz Platz finden. Die bisherige Lösung, bei der Rechtsquellen verschiedener Ebenen mit einander verzahnt sind, befriedigt in der Praxis nur bedingt. Neben der (ebenfalls neu zu formulierenden) Schweigepflicht sollten weitere klare

und bestimmte Vorschriften zum Informationsaustausch zwischen den Sozialhilfebehörden und anderen Stellen ins Gesetz aufgenommen werden.

[Rz 309] Da selbst bei sorgfältigster Rechtsetzung nie alle denkbaren Fälle erfasst werden können und Veränderungen des normativen Umfelds immer wieder neue Herausforderungen bedeuten, soll bei den Normen, die den Informationsaustausch von und an die Sozialhilfebehörden regeln, ein Grundsatz festgelegt werden, der dann durch (nicht abschliessend) aufgezählte Beispiele konkretisiert wird. Die konkretisierenden Kataloge können bei Bedarf durch den Gesetzgeber angepasst werden, das Prinzip gilt (auch) für nicht ausdrücklich genannte Beispiele.

### **2. Kernpunkte für das weitere Vorgehen**

[Rz 310] Den Staat trifft aufgrund von Art. 13 Abs. 2 BV die Pflicht, die Datenflüsse transparent und nachvollziehbar zu regeln. Auch in Art. 18 Abs. 2 KV BE wird eine sinngemässe Pflicht statuiert. Mit dem Erlass des KDSG BE ist der Kanton Bern dieser Pflicht grundsätzlich nachgekommen. Im Hinblick auf das Regelungsziel von Art. 13 Abs. 2 BV und die beschriebenen praktischen Probleme erscheint es nach unserer Auffassung jedoch angezeigt, die Transparenz des Datenflusses weiter zu erhöhen.

[Rz 311] Bei einer künftigen Regelung des Datenaustauschs im Umfeld der Sozialhilfe besteht ein nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Er kann sich für Lösungen entscheiden, die ein Maximum oder auch nur ein Minimum an Informationsaustausch ermöglichen. Im Minimum muss eine solche Regelung jedoch die beschriebenen Vorgaben des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes respektieren, d.h. in die Schutzbereiche von Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 1 BV darf nur nach Massgabe von Art. 36 BV eingegriffen werden. Weiter sind auch Art. 18 KV BE sowie Art. 28 KV BE zur berücksichtigen. Zudem ist zu beachten, dass auch Art. 12 BV an die Ausgestaltung des Informationsaustausches bzw. die entsprechende Behördenorganisation die Minimalanforderung stellt, dass die Gewährung des Nothilfe-Minimums nicht faktisch vereitelt werden darf.

[Rz 312] Wie dargelegt bedarf zudem die informationelle Amtshilfe immer dann einer spezialgesetzlichen Grundlage, wenn Aufgaben-Befugnis-Zusammenhänge überwunden werden, d.h. immer dann, wenn durch das Instrument der Amtshilfe eine Behörde von Kenntnissen einer anderen Behörde profitieren kann, die sie selbst nicht erwerben könnte. Das Spezialgesetz muss ausdrücklich zu einer solchen Überwindung ermächtigen. Sofern lediglich sachliche oder örtliche Zuständigkeitsgrenzen tangiert sind, braucht es eine Amtshilfebestimmung, die eine sachgerechte und transparente Datenbearbeitung gewährleistet (Art. 13 Abs. 2 BV). Dies kann, je nach Umständen, auch eine Bestimmung in einem Querschnittsgesetz sein, das den Anforderungen von Art. 13 Abs. 2 BV genügt (Datenschutzgesetze). Allgemeine

Amtshilfebestimmungen ohne Bezugnahme auf den Datenschutz, z.B. Art. 10 VRPG BE, reichen nicht aus.

[Rz 313] Eine präzise spezialgesetzliche Grundlage hätte auch weitere Vorteile: Sie würde – im Zweifelsfall – grundsätzlich als gesetzlicher Rechtfertigungsgrund (Art. 14 StGB) die Strafbarkeit wegen Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB) ausschliessen.

[Rz 314] Schliesslich würde mit einer präzisen «lex specialis» im Sozialhilfegesetz das KDSG BE als allgemeiner Datenschutzerlass etwas in den Hintergrund treten; mindestens in dem Umfang, wie die spezialgesetzliche Regelung eigene Normen enthält. Damit könnte der Datenaustausch im Sozialhilferecht aus der praktisch nicht immer einfach zu handhabenden Einbettung in das KDSG BE gelöst werden; wobei es im genannten Rahmen in der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers liegt, für den Sozialhilfebereich passende Regelungen zu statuieren.

## I. Konkrete Vorschläge

### 1. Regelungsbedarf

[Rz 315] Die bisherige gesetzliche Regelung zum Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe hat die Praxis immer wieder vor schwierige Auslegungsfragen gestellt und die in der Praxis Tätigen häufig überfordert. Der Informationsfluss zu den Behörden, die sich mit dem Vollzug des Sozialhilfegesetzes befassen, und von diesen Behörden an andere Stellen ist in verschiedenen Erlassen geregelt. Ziel der neuen Regelung ist es, im Einklang mit dem Bundesverfassungsrecht und dem kantonalen Verfassungsrecht eine ausgewogene Ordnung zu schaffen. Die Interessen derjenigen, die gegenüber den Sozialhilfebehörden umfassende Angaben machen müssen, und die Interessen der Sozialhilfebehörden sowie anderer Stellen, die auf einen bestimmten Informationsfluss angewiesen sind, sollen gleichermassen geschützt werden. Die Regelung soll klar, praktikabel und für alle Betroffenen leicht nachvollziehbar sein.

[Rz 316] Da das Verfassungsrecht hohe Transparenz und Nachvollziehbarkeit des Informationsflusses fordert, insbesondere des Flusses persönlicher und besonders schützenswerter Daten, soll mit klaren Grundsätzen und ebenso klaren Ausnahmen und Einschränkungen gearbeitet werden. Zudem soll der wesentlichste Teil des im Alltag notwendigen Informationsaustausches im Umfeld der Sozialhilfe gesetzgeberisch in einem klar ersichtlichen Zusammenhang geordnet sein. Eine klare Ordnung, die etwa auch Anforderungen an Anfragen seitens anderer Behörden formuliert, verhindert zudem, dass der berechtigte Geheimnisschutz im Zusammenhang mit der Sozialhilfe durch vage gehaltene Amtshilfebestimmungen in anderen Erlassen aufgebrochen wird. Eine klare Ordnung hilft zudem vermeiden, dass durch das Unterschreiben von Einwilligungen oder Vollmachten zuhanden

der Sozialhilfebehörden alle möglichen geschützten Personendaten potenziell preisgegeben werden müssen, wenn ein Leistungsbegehren gestellt wird.

## 2. Umschreibung Sozialhilfegeheimnis

[Rz 317] Die bisherige gesetzliche Regelung der sozialhilferechtlichen Schweigepflicht geht nach vorherrschendem Verständnis nicht über den Schutz des allgemeinen Amtsgeheimnisses hinaus und stellt Angelegenheiten, die ihrer Natur nach oder gemäss besonderer Vorschrift geheim zu halten sind, unter den Schutz der Schweigepflicht. Diese offene Formulierung hat immer wieder zu Unsicherheiten geführt, was genau dem Schutz der Schweigepflicht untersteht. Mit der vorgeschlagenen Regelung wird ein besonders geschütztes Sozialhilfegeheimnis (Art. 8 Abs. 1) mit klaren Ausnahmen in der Form von Mitteilungspflichten und Amtshilfepflichten geschaffen (Art. 8a), was den künftigen Umgang mit Informationen für die mit dem Vollzug des Gesetzes betrauten Personen sowie die Sozialhilfebedürftigen berechenbarer macht. Selbst die strafprozessualen Anzeigepflichten (nicht aber allfällige Anzeigerechte) werden in diesem Bereich aufgehoben (Art. 8 Abs. 2).

[Rz 318] Der besondere Schutz, den das so gestaltete Sozialhilfegeheimnis bietet, soll jedoch die Behörden nicht wehrlos machen gegen kriminelle Machenschaften einzelner Personen, insbesondere auch von Delikten zu Lasten der Sozialhilfe, weshalb man – als Variante – für diese Delikte einen entsprechenden Gegenvorbehalt anbringen könnte. Anzu merken ist jedoch, dass das Anzeigerecht ohnehin weiter besteht, was eine solche Gegen Ausnahme nicht zwingend erforderlich erscheinen lässt.

[Rz 319] Unter einem besonderen Schutz steht das persönliche Verhältnis zwischen den Bedürftigen Personen und den mit dem Vollzug des Gesetzes betrauten Personen. Um hier eine möglichst enge und wirkungsvolle Zusammenarbeit – aber auch einen engen und wirkungsvollen Informationsaustausch – zu ermöglichen, sollen auch Daten, die ihrer Natur nach nicht geheim sind, jedoch solchen direkten Kontakten entstammen, nicht weitergegeben werden (Art. 8a Abs. 1 Bst. a).

[Rz 320] Damit es nicht zu einer unterschiedlichen Praxis und zu neuen Rechtsunsicherheiten kommt, soll die neue Regelung des Sozialhilfegeheimnisses und des weiteren Datenaustausches auch auf den delegierten Vollzug im Asylbereich ausgedehnt werden (Art. 55 Abs. 4).

## 3. Informationsfluss von Sozialhilfebehörden an andere Behörden und Private

[Rz 321] In verschiedenen Situationen sind andere Behörden auf die Weitergabe von Informationen aus dem Bereich der Sozialhilfe angewiesen oder müssen zur Erfüllung der Sozialhilfaufgabe Informationen Behörden oder privaten Dritten



zugänglich gemacht werden. In allen diesen Fällen wird das in Art. 8 statuierte Sozialhilfegeheimnis aufgebrochen. Die Standardfälle des Datenflusses von den Sozialhilfebehörden an andere Behörden oder an Dritte sollen in einer einzigen Bestimmung zusammengefasst sein, auch wenn es für seltenere Fälle andere (formell-)gesetzliche Grundlage gibt (Art. 8a Abs. 1 Bst. d) und die angeführten Standardkonstellationen (Art. 8a Abs. 2) ihre eigentliche gesetzliche Grundlage anderswo haben. Durch die Nennung des möglichen Datenaustausches im Gesetz selbst wird für die Praxis jedoch jede Unsicherheit ausgeräumt, ob die Datenweitergabe trotz des Sozialhilfegeheimnisses möglich ist.

[Rz 322] Die Informationsbegehren müssen in jedem Einzelfall genau bezeichnet, eingegrenzt und mit einer entsprechenden Berechtigung belegt sein (Art. 8a Abs. 3). Dies ermöglicht den Sozialhilfebehörden, das erforderliche Mass an Informationen zu bestimmen und verhindert, dass mit zu breit angelegten Anfragen flächendeckend nach Daten geforscht werden kann. Die Einführung von online-Abfragen stünde im Widerspruch zu diesen hohen Anforderungen und zum besonderen Schutz der Sozialhilfedaten, weshalb online-Abfragen betreffend Sozialhilfedaten nur auf der Grundlage einer ausdrücklichen Ermächtigung eingeführt werden dürfen (Art. 8a Abs. 4).

#### 4. Informationsfluss von anderen Behörden und Privaten zu den Sozialhilfebehörden

[Rz 323] Die Organe der Sozialhilfe sind für die Erfüllung ihrer Aufgaben auf eine Vielzahl von Informationen von öffentlicher und privater Seite angewiesen. Oft stehen dem Informationsfluss echte oder vermeintliche Geheimhaltungspflichten entgegen. Art. 8b steht zwar in keinem direkten Zusammenhang mit dem Sozialhilfegeheimnis gemäss Art. 8, jedoch in einem solchen zu diesen Geheimhaltungspflichten, weshalb sich eine Regelung gleich im Anschluss an die zwei anderen Bestimmungen rechtfertigt. Durch eine klare gesetzliche Regelung, welche andere Behörden und Private gegenüber den Behörden der Sozialhilfe zu Auskünften verpflichtet, werden diese Unsicherheiten beseitigt. Zudem kann auf die oft zu weit gefassten Vollmachten der Betroffenen verzichtet werden, um Informationen erhältlich zu machen, was den Datenfluss im Sinn von Art. 13 Abs. 2 BV klarer strukturiert und besser nachvollziehbar macht.

[Rz 324] Die Regelung lehnt sich in ihrer Struktur an jene des Kantons Basel-Stadt an und nimmt auch Elemente der neuen Zürcher Regelung auf. Anders als in den genannten Regelungen wird in Art. 8b Abs. 3 konkretisiert, welche Angaben für die Sozialhilfebehörden erforderlich sind, denn auch der Datenfluss in die Richtung der Sozialhilfe muss den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen und berechenbar sein. Zudem wird Art. 8a durch die Beschreibung des Kreises der auskunftspflichtigen Behörden und die Eingrenzung des Gegenstands der Auskünfte zu einer

besonderen Amtshilfebestimmung, die so konkret gehalten ist, dass eine andere (innerkantonale) Behörde sich nicht auf den Standpunkt stellen kann, die Bestimmung sei zu unbestimmt gehalten, um das jeweilige Amtsgeheimnis durchbrechen zu können.

[Rz 325] Spiegelbildlich zu Art. 8a wird auch in Art. 8b Abs. 2 eine Reihe von Behörden genannt, die zur Auskunft verpflichtet sind. Auch diese Liste ist nicht abschliessend zu verstehen («insbesondere»), sie soll aber in der überwiegenden Zahl der Fälle hinreichende Klarheit darüber vermitteln, welche Behörden zur Auskunft verpflichtet sind.

[Rz 326] Die Möglichkeit der online-Abfrage wäre für die Informationsbeschaffung der Sozialhilfebehörden eine praktikable Möglichkeit, weshalb sie ausdrücklich zugelassen ist (Art. 8b Abs. 4). Voraussetzung dafür bildet jedoch, dass auf der Seite derjenigen Stelle, die Informationen zur Verfügung stellt, eine entsprechende Grundlage besteht.

### 5. Normtextvorschläge

[Rz 327]

1. Allgemeines

...

#### Art. 8 Schweigepflicht

<sup>1</sup> Personen, die sich mit dem Vollzug dieses Gesetzes befassen, haben über Angelegenheiten, die ihnen dabei zur Kenntnis gelangen, zu schweigen.

<sup>2</sup> Sie sind von der Pflicht zur Mitteilung an die Untersuchungsbehörde gemäss Artikel 201 des Gesetzes vom 15. März 1995 über das Strafverfahren (StrV) befreit.

[Hinweis: Der Verweis ist durch einen solchen zu ersetzen, der an die neue Strafprozessordnung angepasst ist.]

(Variante: Ergänzung von Abs. 2: Die Befreiung erstreckt sich nicht auf Anzeigen im Sinn von Art. 85 dieses Gesetzes oder betreffend andere Delikte zu Lasten der Sozialhilfe.)

#### Art. 8a Mitteilungen an Behörden und Privatpersonen

<sup>1</sup> Die mit dem Vollzug dieses Gesetzes betrauten Personen dürfen Informationen betreffend Angelegenheiten nach Artikel 8 Absatz 1 an Behörden oder an bestimmte Privatpersonen weiter geben, wenn

a die Daten ihrer Natur nach nicht geheim sind und nicht dem Austausch von Informationen zwischen Personen, die Leistungen der öffentlichen Sozialhilfe beanspruchen oder beantragen, und den mit dem Vollzug des Gesetzes betrauten Personen entstammen,

- b die Betroffenen dazu ihre ausdrückliche Zustimmung erteilen,
- c das Erfüllen der Sozialhilfeaufgaben die Weitergabe zwingend erfordert oder
- d eine hinreichend bestimmte gesetzliche Vorschrift die Weitergabe ausdrücklich verlangt oder zulässt.

<sup>2</sup> Mitteilungen sind insbesondere zulässig an

- a die zuständigen Ausländerbehörden aufgrund einer Anfrage gemäss Artikel 97 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AUG) oder gestützt auf die Meldepflicht gemäss Artikel 82 Absatz 5 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE),
- b die Steuerbehörden des Kantons und der Gemeinden im Rahmen von Artikel 155 des Steuergesetzes vom 21. Mai 2000 (StG),
- c die Betreibungs- und Konkursbehörden im Rahmen von Artikel 91 Absatz 5 und 222 Absatz 5 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG),
- d die Vormundschaftsbehörden im Rahmen von Artikel 364 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB) und Artikel 24 des Gesetzes vom 22. November 1989 über die fürsorgliche Freiheitsentziehung und andere Massnahmen der persönlichen Fürsorge (FFEG),
- e die Einrichtungen und Organe der Sozialversicherungen im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben,
- f andere mit dem Vollzug dieses Gesetzes befasste Behörden des Kantons oder der Gemeinden,
- g die mit dem Vollzug der öffentlichen Sozialhilfe befassten Behörden anderer Kantone, sofern die Mitteilungen zur Erfüllung der Sozialhilfeaufgabe zwingend erforderlich sind und die anfragende Behörde aufgrund besonderer gesetzlicher Bestimmung zu deren Bearbeitung befugt ist.

3 Anfragende Behörden und Privatpersonen haben den Gegenstand der gewünschten oder verlangten Mitteilung genau zu bezeichnen und die Zulässigkeit der Mitteilung nachzuweisen. 4 Die Einrichtung elektronischer oder automatisierter Abrufverfahren bedarf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.

**Art. 8b Auskunftspflichtigen Dritter** <sup>1</sup> Gegenüber den mit dem Vollzug dieses Gesetzes betrauten Stellen sind zur Erteilung mündlicher und schriftlicher Auskünfte, die für den Vollzug erforderlich sind, verpflichtet

- a die Behörden des Kantons und der Gemeinden nach Artikel 2 des Gemeindegesetzes vom 16. März 1998 (GG),

b Personen und Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts, soweit sie mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut sind,

c Personen, die mit einer Person, die Leistungen der öffentlichen Sozialhilfe beansprucht, in Hausgemeinschaft leben oder einer solchen Person gegenüber unterhalts- und unterstützungspflichtig sind,

d die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber von Personen, die Leistungen der öffentlichen Sozialhilfe beanspruchen, und der mit solchen Personen in Hausgemeinschaft lebenden Angehörigen.

<sup>2</sup> Soweit keine besonderen Vorschriften des Bundesrechts entgegenstehen, sind zur Erteilung von Auskünften insbesondere verpflichtet

- a die Behörden der Einwohnerkontrolle,
- b die Ausländerbehörden betreffend den ausländerrechtlichen Status einer Person, die Leistungen der öffentlichen Sozialhilfe beansprucht,
- c die Strassenverkehrsbehörden im Rahmen von Artikel 104 Absatz 5 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG),
- d die Steuerbehörden, soweit die Angaben notwendig sind, um die Ansprüche nach diesem Gesetz vollständig abzuklären,
- e die Einrichtungen und Organe der Sozialversicherungen.

<sup>3</sup> Die in Absatz 1 und <sup>2</sup> genannten Personen und Behörden sind namentlich zum Erteilen von Auskünften verpflichtet, die der Abklärung der finanziellen und persönlichen Verhältnisse von Personen, die Leistungen der öffentlichen Sozialhilfe beanspruchen, oder der Ansprüche solcher Person gegenüber Dritten, der Förderung der Integration der unterstützten Person oder der Feststellung der Rückerstattungspflicht nach diesem Gesetz dienen. <sup>4</sup> Die Einrichtung elektronischer oder automatisierter Abrufverfahren ist zulässig.

**2. Ergänzung von Art. 55 SHG Art. 55 Gewährung der Sozialhilfe** 1 bis 3 Unverändert <sup>4</sup> Die Artikel 8–8b gelten sinngemäss.

## Literatur

ACHERMANN URS PHILIPP, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, *Diss.* Zürich 2008. AEBI-MÜLLER REGINA E., Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, *Habil.* Bern 2005. ALBERS MARION, *Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, München 2008, S. 107 ff. ALBERS MARION, *Informationelle Selbstbestimmung*, *Habil.* Berlin, Baden-Baden 2005. ALBERS MARION, *Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als*

Schutzbereichsproblem, DVBl. 1996, S. 233 ff. ALBERTINI MICHELE, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 1999. AMSTUTZ KATHRIN, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Diss. Bern 2002. ARN DANIEL/FRIEDERICH UELI e.a., Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Bern 1999. AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003 (zit. BEARBEITER, petit commentaire, Art. ... N ...). AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008 (zit. BEARBEITER, VwVG-Kommentar, Art. ... N ...). BELLANGER FRANÇOIS, L'entraide administrative en Suisse, in: François Bellanger/Thierry Tanquerel (Hrsg.), L'entraide administrative, Genf/Zürich/Basel 2005, S. 9 ff. BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007 (zit. Kommentar BV). BOHNERT JOACHIM, Der beschuldigte Amtsträger zwischen Aussagefreiheit und Verschwiegenheitspflicht, NStZ 2004, S. 301 ff. BOLZ URS, Materialien und Kommentare, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, S. 223 ff. BRUNNER STEPHAN C./MADER LUZIUS, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ) (zit. SHK BGÖ-BEARBEITER, Art. ... N ...). BRYDE BRUN-OTTO, Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, VVDStRL 46 (1988), S. 181 ff. BURGI, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag, abrufbar unter [www.bppp.de/media/file/65.DJT-Gutachten\\_Prof.\\_Burgi.pdf](http://www.bppp.de/media/file/65.DJT-Gutachten_Prof._Burgi.pdf) (besucht am 1. März 2009). CADOSCH ROGER M., DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008 (zit. DBG Kommentar). COULLERY PASCAL, Gesundheits- und Sozialhilferecht, in: Markus Müller/Reto Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2008, S. 625 ff. DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. Auflage, Zürich 2006. DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. Aufl., Zürich 2004. DREHER MARTIN, Die Amtshilfe, Die Problematik der gegenseitigen behördlichen Unterstützungspflicht unter besonderer Berücksichtigung der Situation im Bundesstaat, Diss., Göttingen 1959. DREIER HORST (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Tübingen 2006 (zit. BEARBEITER, in: DREIER GG, Art. ... N ...). DRUEY JEAN NICOLAS, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995. EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf/Lachen 2008 (zit. BEARBEITER, St. Galler Kommentar BV, Art. ... N ...). EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2006. FELIX DAGMAR, Einheit der Rechtsordnung, Habil. Passau, Tübingen 1998. FLÜCKIGER ALEXANDRE/AUER ANDREAS, La vidéosurveillance dans l'oeil de la Constitution, AJP 2006, S. 924 ff. FORGÓ NIKOLAUS/KRÜGEL TINA/RAPP STEFAN, Zwecksetzung und informationelle Gewaltenteilung, Baden-Baden

2006. GÄCHTER THOMAS/SIKI EVA, Sozialversicherungsrecht, Allgemeiner Teil, Entwicklungen 2007/08, Bern 2008. GLASER TOMASONE HELENA, Amtshilfe und Bankgeheimnis, Diss. Basel, Zürich 1997. HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008. HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006. HAEFLIGER ARTHUR, Rechtmässigkeit der durch Gesetz oder Berufspflicht gebotenen Tat, Schweizerische ZStrR 1964, S. 27 ff. HÄNER ISABELLE, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, AJP 2002, S. 1144 ff. HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Diss. Bern 2005. HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008. HAVERKATE GÖRG, Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, VVDStRL 46 (1988), S. 217 ff. HONSELL HEINRICH, Die Reform der Gefährdungshaftung, ZSR 1997, S. 297 ff. KÄGI-DIENER REGULA, Entscheidungsfindung in komplexen Verwaltungsverhältnissen, Habil. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1994. KANTONALER DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER DES KANTONS BERN, Empfehlungen, Prüfungsschema für Datenbekanntgaben, undatiert, abrufbar unter [www.jgk.be.ch/site/ds\\_pruuefungsschema.pdf](http://www.jgk.be.ch/site/ds_pruuefungsschema.pdf) (besucht am 22. Januar 2008) (zit. KDSB BE, Prüfungsschema). KEHL-ZELLER ROBERT, Die gegenseitige Akten-Editionsspflicht der Verwaltungsbehörden und der Zivilgerichte im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1955. KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, Bern 2007. KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009. KIESER UELI, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Zürich 2009. KNAPP BLAISE, Précis de droit administratif, 4. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1991. KOPP FERDINAND O./RAMSAUER ULRICH, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 10. Aufl., München 2008 (zit. VwVfG-KOPP/RAMSAUER, § ... N ...). KÖLZ ALFRED/BOSSHART JÜRIG/RÖHL MARTIN, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999 (zit. KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar VRG ZH). KUTSCHA MARTIN, Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht, NJW 2008, S. 1042 ff. LANG ELISABETH/MIOTTI ROLAND, Rechtsgutachten vom 28. März 2008 zur Weitergabe von Patientendaten an die Krankenversicherer zuhanden von H+ Die Spitäler der Schweiz, Brugg 2008, abrufbar unter: [www.hplus.ch](http://www.hplus.ch) (besucht am 1. März 2009). MAHON PASCAL, Les enjeux du droit à l'information, in: Thierry Tanquerel/François Bellanger (Hrsg.), L'administration transparente, Genf/Basel/München 2002, S. 9 ff. MARAIA JEAN-FRÉDÉRIC, Le secret fiscal et sa portée dans le cadre de l'assistance et l'entraide en droit interne suisse, in: Piermarco Zen-Ruffinen, Les secrets et le droit, Genf/Zürich/Basel 2004, S. 247 ff. MAURER ALFRED, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996. MAURER-LAMBROU URS/VOGT NEDIM PETER (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2006 (zit. BSK DSG-Bearbeiter, Art. ... N ...). MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997 (zit. MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum



- bernischen VRPG, Art. ... N...). MEYER-BLASER ULRICH, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, *Diss.* Bern 1985. MOOR PIERRE, *Droit administratif, Bd. I: Les fondements généraux*, 2. Auflage, Bern 1994. MÜLLER JÖRG PAUL, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1981. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2008. MÜLLER MARKUS, *Bernische Verwaltungsverwaltungspflege*, Bern 2008. NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Strafrecht Band I und II, Basler Kommentar*, Basel 2007 (zit. BSK StGB-BEARBEITER, Art. ... N...). NOËL YVES, *L'entraide administrative nationale en matière fiscale*, in: François Bellanger/Thierry Tanquerel (Hrsg.), *L'entraide administrative*, Genf/Zürich/Basel 2005, S. 103 ff. RASELLI NICCOLO, *Amts- und Rechtshilfe durch Informationsaustausch zwischen schweizerischen Straf- und Steuerbehörden*, ZStrR 1993, S. 26 ff. REINHARDT KLAUS, *Über Amtsgeheimnis und Amtshilfe in kantonalen Verwaltungssachen*, in: Regierungsrat des Kantons Solothurn (Hrsg.), *Festgabe Alfred Rötheli*, Solothurn 1990, S. 527 ff. RHINOW RENÉ A./KRÄHENMANN BEAT, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband zur 5. und (unveränderten 6.) Auflage der Schweizerischen Verwaltungsrechtsprechung von Max Imboden und René A. Rhinow*, Basel 1990. ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen*, Zürich 2008 (zit. BEARBEITER, Handkommentar DSG, Art. ... N...). ROSSNAGEL ALEXANDER/PFITZMANN ANDREAS/GARSTKA HANSJÜRGEN, *Modernisierung des Datenschutzrechts*, Gutachten, Berlin 2001, abrufbar unter [www.computerundrecht.de/media/gutachten.pdf](http://www.computerundrecht.de/media/gutachten.pdf) (besucht am 11. Mai 2009). ROXIN CLAUD, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1*, 4. Aufl., München 2006. RUDIN BEAT, *Die Erosion der informationellen Privatheit – oder: Rechtsetzung als Risiko?*, in: Thomas Sutter-Somm et al. (Hrsg.), *Risiko und Recht*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, S. 415 ff. RUDIN BEAT, *Verfassungswidrige Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes*, SJZ 2009, S. 1 ff. SALADIN PETER, *Persönliche Freiheit als soziales Grundrecht?*, in: Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Genf (Hrsg.), *Mélanges Alexandre Berenstein*, Lausanne 1989, S. 89 ff. SALADIN PETER/AUBERT MARTIN, *Sozialverfassung*, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), *Handbuch des bernischen Verfassungsrechts*, Bern 1995. SCHEFER MARKUS, *Gefährdung von Grundrechten – Eine grundrechtsdogmatische Skizze*, in: Thomas Sutter-Somm et al. (Hrsg.), *Risiko und Recht*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, S. 441 ff. SCHEFER MARKUS, *Die Beeinträchtigung von Grundrechten*, Bern 2006. SCHLINK BERNHARD, *Die Amtshilfe, Ein Beitrag zu einer Lehre von der Gewaltenteilung in der Verwaltung, Habil.* Freiburg, Berlin 1982. SCHLINK BERNHARD, *Datenschutz und Amtshilfe*, NVwZ 1986, S. 249 ff. SCHÖNKE ADOLF/SCHRÖDER HORST (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl., München 2006 (zit. BEARBEITER, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § ... N...). SCHREFFER THOMAS W., *Datenschutz und Verfassung*, *Diss.* Bern 1985. SCHULTZ HANS, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Bd. I, 4. Aufl., Bern 1982. SEILER HANSJÖRG, *Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung*, Bern 1994. SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS, *Bundesgerichtsgesetz (BGG), Stämpfli Handkommentar (SHK)*, Bern 2007 (zit. SHK BGG-BEARBEITER, Art. ... N...). SIEGENTHALER TONI, *Datenschutz und Öffentlichkeit der Zivilstandsregister*, *Zeitschrift für Zivilstandswesen* 1996, S. 215-220. SIMON JÜRGEN WALTER, *Amtshilfe*, *Diss.* Bern, Chur/Zürich 1991. STELKENS PAUL/BONK HEINZ JOACHIM/SACHS MICHAEL (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 7. Aufl., München 2008 (zit. BEARBEITER, in: STELKENS/BONK/SACHS VwVfG, § ... N...). STRATENWERTH GÜNTER, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Aufl., Bern 2005 (zit. AT I). STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 6. Aufl., Bern 2008 (zit. StGB BT II). STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO, *Schweizerisches Strafrecht: Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 6. Aufl., Bern 2003 (zit. StGB BT I). STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, Bern 2007. TANQUERER THIERRY, *Le secret de fonction*, in: *L'administration transparente*, Basel/Genf 2002, S. 43-67. TRECHSEL STEFAN ET AL., *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zürich 2008 (zit. TRECHSEL/BEARBEITER, Praxiskommentar, Art. ... N...). TSCHANNEN PIERRE, *Amtliche Warnungen und Empfehlungen*, ZSR 1999 II, S. 353-455. TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Bern 2007. TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. Auflage, Bern 2005. TSCHENTSCHER AXEL, *Das Grundrecht auf Computerschutz*, AJP 2008, S. 383 ff. TSCHUDI CARLO, *Die Auswirkungen des Grundrechts auf Hilfe in Notlagen auf sozialhilferechtliche Sanktionen*, in: Carlo Tschudi (Hrsg.), *Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen*, Bern/Stuttgart/Wien 2005, S. 117 ff. UEBERSAX PETER, *Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Recht auf Hilfe in Notlagen im Überblick*, in: Carlo Tschudi (Hrsg.), *Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen*, Bern/Stuttgart/Wien 2005, S. 33 ff. WAIBLINGER MAX, *Rechtfertigungsgründe I*, Schweizerische Juristische Kartothek, Karte Nr. 1204 (Stand: 1958). WALDMANN BERNHARD, *Das Recht auf Nothilfe zwischen Solidarität und Eigenverantwortung*, ZBl 2006, S. 341 ff. WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE (Hrsg.), *VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. BEARBEITER, Praxiskommentar VwVG, Art. ... N...). WEBER MARIANNE, *Berufsgeheimnis im Steuerrecht und Steuergeheimnis*, *Diss.* Zürich 1982. WEBER ROLF H., *Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität*, *digma* 2008, S. 94 ff. WERMELINGER AMÉDÉO, *Patientinnen zu Freiwild machen?*, *Anmerkungen zu BGE 133 V 359 ff.*, erschienen in *digma* 2007/3, abrufbar unter <http://www.datenschutz.lu.ch/index/rechtsprechung.htm> (besucht am 1. März 2009). WERMELINGER AMÉDÉO/SCHWERI DANIEL, *Teilrevision des Eidgenössischen Datenschutzrechts – Es nützt nicht viel, schadet es etwas?*, in: Jusletter 3. März 2008. WETTNER FLORIAN, *Die Amtshilfe im*



Europäischen Verwaltungsrecht, *Diss.* Heidelberg, Tübingen 2005. WIESTNER HEIDI, *Informationsbeschaffung* durch die Behörden, in: URP 2004/1, S. 29 ff. ZIMMERLIN SVEN, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, *Diss.* Zürich 2008. ZWEIFEL MARTIN/ATHANAS PETER (HRSG.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/1, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002 (zit. BEARBEITER, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1). ZWEIFEL MARTIN/CASANOVA HUGO, *Schweizerisches Steuerverfahrensrecht*. Direkte Steuern, Zürich 2008.

## Materialien

Ergänzende Hinweise finden sich direkt in den Fussnoten.

### Bund

#### Bericht DSG

EJPD (Hrsg.), Erläuternder Bericht zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Schutz von Personendaten, Bern 1983

#### Botschaft Änderung StGB

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 II 1979 ff.

#### Botschaft Anpassung

Botschaft über die Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen vom 24. November 1999, BBl 2000 255 ff.

#### Botschaft Anpassung/Harmonisierung

Botschaft über die Schaffung und die Anpassung gesetzlicher Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten vom 25. August 1999, BBl 1999 9005 ff.

#### Botschaft BV

Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff.

#### Botschaft DSG

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413 ff.

#### Botschaft StPO

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2005 1085 ff.

#### Gutachten BJ

Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 19. Dezember 2002 zu Handen der Delegation der

Geschäftsprüfungskommission, VPB 67 (2003) Nr. 100.

#### Gutachten DV

Gutachten des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 22. Dezember 2006 zu Handen der Geschäftsprüfungsdelegation, VPB 2007.3.1, S. 76 ff.

#### Reform der Bundesverfassung NR

Amtl. Bull. NR, 1998, Separatdruck, Reform der Bundesverfassung, 1998

### Bern

#### Vortrag KDSG BE

Vortrag der Justizdirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates des Kantons Bern betreffend das Datenschutzgesetz, abrufbar unter [http://www.jgk.be.ch/site/index/ds/ds\\_dokumentation.htm](http://www.jgk.be.ch/site/index/ds/ds_dokumentation.htm) (besucht am 1. März 2009).

#### Vortrag Änderung KDSG BE

Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend Änderung des Datenschutzgesetzes (Fassung vom 31.3.2008), abrufbar unter [http://www.jgk.be.ch/site/index/ds/ds\\_dokumentation.htm](http://www.jgk.be.ch/site/index/ds/ds_dokumentation.htm) (besucht am 1. März 2009).

#### Vortrag SHG BE

Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zum Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG), Tagblatt 2001, Beil. 16.

---

Prof. Dr. iur. Thomas Gächter ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich und verantwortlich für die Redaktion Verwaltungsrecht in Jusletter.

Rechtsanwalt Philipp Egli, MLaw (Luzern), war wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich und ist gegenwärtig als Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter in Luzern tätig.

Wir danken Herrn Dr. iur. UELI FRIEDERICH, Rechtsanwalt, Bern, für wichtige und kritische Hinweise in der letzten Phase des Gutachtens und Frau lic. iur. EVA SIKI und Frau lic. iur. DANIA TREMP, beide Universität Zürich, für zahlreiche Hilfestellungen während der Erarbeitung des Gutachtens.

Schliesslich gebührt unser besonderer Dank den Verantwortlichen der Berner Gesundheits- und Fürsorgedirektion, insbesondere Herrn Carlo Tschudi, Fürsprecher, und Frau Kathrin Reichenbach, Fürsprecherin, sowie den Mitgliedern der breit abgestützten Begleitgruppe des Gutachtens. Die Publikation des Gutachtens wurde von der Gesundheits- und Fürsorgedirektion freundlicherweise genehmigt. Die

vorliegend publizierte Fassung entspricht inhaltlich, bezüglich der Nummerierung der Randziffern sowie dem Stand von Rechtsprechung und Lehre der Originalfassung des Gutachtens vom 17. Juni 2009.

---

\* \* \*